COPYRIGHT, COMPUTER PROGRAMS AND THE COURT OF JUSTICE

Franck MACREZ
(Centre for International Intellectual Property Studies)
University of Strasbourg

INTRODUCTION

More than twenty years after they were introduced in Europe into "Wonderland"[1] or the "Land of the Muses"[2], computer programs are now to be found in the Land of the Court of Justice! Indeed, in the last few years, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has been very involved in the construction of copyright law in Europe, particularly since its famous *Infopaq* decision[3]. This is a significant trend[4], in terms of numbers firstly: in less than one year, the Court delivered as many judgments in the field of copyright as it did throughout the previous eight years[5]. Moreover, the pace increased in the first six months of 2012, with an average of two decisions a month[6]. The proliferation of references for preliminary rulings means that this increase is destined to continue. The trend is also significant in terms of the scope of the intellectual constructions involved: there is growing interventionism on the part of the Court which is discovering "autonomous concepts" of European Union law and clarifying questions which were not submitted to it or which it was not obliged to answer. This intrusion is all the more noteworthy as the seven

EL DERECHO DE AUTOR, EL PROGRAMA DE ORDENADOR Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Franck MACREZ
Profesor en el CEIPI
(Centro de Estudios Internacionales de la Propiedad Intelectual),
Universidad de Estrasburgo

INTRODUCCIÓN

Transcurridos más de veinte años tras, en Europa, haber sido introducido "en el país de las Maravillas"[1] o "en el país de las Musas"[2], el programa de ordenador está hoy ¡en el país del Tribunal de Justicia! En efecto, desde hace unos años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) está muy entregado a la construcción del derecho de autor en Europa, en particular después de su célebre decisión Infopaq[3]*. Y el fenómeno es importante[4]. Primero, por el número: en menos de un año, el Tribunal ha dictado tantas decisiones en materia de derecho de autor como en los ocho años anteriores[5]. El primer semestre del año 2012 revela un régimen que se acelera con una media de dos decisiones por mes[6]. La multiplicación de las cuestiones prejudiciales implica que la aceleración observada está destinada a perdurar. Después, por la amplitud de las construcciones intelectuales: El Tribunal da pruebas de un intervencionismo creciente, descubriendo "nociones autónomas" del derecho de la Unión, aportando precisiones sobre cuestiones no planteadas o a las que no estaba obligado a responder. La intromisión es tanto más notable cuanto que las siete*

LE DROIT D'AUTEUR, LE PROGRAMME D'ORDINATEUR ET LA COUR DE JUSTICE

Franck MACREZ
Maître de Conférences au CEIPI (Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle), Université de Strasbourg

INTRODUCTION

Plus de vingt ans après avoir, en Europe, été introduit «au pays des Merveilles»[1] ou «au Pays des Muses»[2], voici aujourd'hui le logiciel au Pays de la Cour de Justice ! En effet depuis quelques années, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est très engagée dans la construction du droit d'auteur en Europe, notamment depuis sa célèbre décision *Infopaq*[3]. Et le phénomène est important[4]. Par le nombre d'abord : en moins d'un an, la Cour a rendu autant de décisions en matière de droit d'auteur que dans les huit années précédentes[5]. Le premier semestre de l'année 2012 révèle ainsi un rythme qui s'accélère à une moyenne de deux décisions par mois[6]. La multiplication des questions préjudicielles implique que l'accélération constatée soit destinée à perdurer. Par l'ampleur des constructions intellectuelles, ensuite : la Cour fait preuve d'un interventionnisme grandissant, découvrant des «notions autonomes» du droit de l'Union, apportant des précisions sur des questions non posées ou auxquelles elle n'avait pas l'obligation de répondre. L'immixtion est d'autant plus remarquable que les sept directives qui régissent la matière sont loin d'avoir réalisé une

directives dealing with the subject have by no means introduced complete harmonisation, the *acquis communautaire* being limited to specific questions. The space left by the gaps in the body of law[7] thus gives the Court significant room to manoeuvre. Moreover, this harmonisation – through what should be described as judge-made law[8] – may raise the question of the Court's legitimacy and jurisdiction to engage in it[9].

In a period of less than eighteen months, the Court of Justice has issued two judgments concerning the protection of computer programs[10], in response to preliminary questions concerning the interpretation of the "Computer Programs" Directive of 14 May 1991[11] and the "Information Society" Directive of 22 May 2001[12]. The Court's contribution to the interpretation of the specific copyright stemming from the 1991 directive is noteworthy in that no decision of this kind had been rendered in almost twenty years of the Directive's application. As we shall see, the questions concerning the protection of computer programs and the extent of that protection have led the Court of Justice to take stands impacting on copyright as a whole. Indeed, the preliminary questions raised in the *BSA*[13] and *SAS*[14] cases cover all the different aspects of a computer program, which may bring into play not only the specific protection introduced by Directive 91/250 but also copyright in the more traditional sense.

The first judgment, handed down by the Third Chamber on 22 December 2010, concerned the protection of a graphic user interface: a Czech association, "*Bezpečnostní softwarová asociace*" (hereinafter "BSA"), wished to

directivas que rigen esta materia distan mucho de haber realizado una armonización global, ya que el acervo jurídico comunitario se limita a cuestiones específicas. El espacio dejado por las lagunas de ese acervo[7] *da pues al Tribunal un margen de maniobra no desdeñable. Esta armonización – por lo que hay que calificar de sentencias de reglamento*[8] *– puede además llevar a preguntarse sobre la legitimidad y la competencia que tiene el Tribunal para hacer eso*[9].

En menos de dieciocho meses, el TJUE ha dictado dos sentencias sobre la protección de los programas de ordenador[10]*, con ocasión de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las directivas "programas de ordenador" del 14 de mayo de 1991*[11] *y "sociedad de la información" del 22 de mayo de 2001*[12]*. La aportación del Tribunal a la interpretación del derecho de autor específico instaurado por la directiva de 1991 es notable porque en casi veinte años de aplicación no se había dictado ninguna decisión de ese tipo. Como veremos, los interrogantes sobre la protección de los programas y su extensión han llevado al Tribunal a adoptar posiciones que influencian el conjunto del derecho de autor. Las cuestiones prejudiciales de las sentencias* BSA[13] *y* SAS[14] *engloban en efecto el conjunto de aspectos que puede presentar un programa de ordenador, que pueden reclamar la protección específica surgida de la directiva de 1991, pero también la del derecho de autor entendido más clásicamente.*

*La primera decisión, dictada por la tercera sala el 22 de diciembre de 2010, concernía la protección de la interfaz gráfica: una asociación checa, la "*Bezpečnostní softwarová asociace*" (en adelante "*BSA*"), deseaba realizar*

harmonisation globale, l'acquis communautaire se limitant à des questions spécifiques. L'espace laissé par les lacunes de l'acquis[7] donne donc à la Cour une marge de manœuvre non négligeable. Cette harmonisation – par ce qu'il faut qualifier d'arrêts de règlement[8] – peut d'ailleurs conduire à s'interroger sur la légitimité et la compétence dont la Cour dispose pour ce faire[9].

En moins de dix-huit mois, la CJUE a rendu deux arrêts à propos de la protection des logiciels[10], à l'occasion de questions préjudicielles portant sur l'interprétation des directives «programmes d'ordinateur» du 14 mai 1991[11] et «société de l'information» du 22 mai 2001[12]. L'apport de la Cour à l'interprétation du droit d'auteur spécifique issu de la directive de 1991 est remarquable en ce qu'aucune décision de ce type n'avait été rendue en près de vingt ans d'application. Comme nous le verrons, les interrogations quant à la protection du logiciel et son étendue ont conduit la Cour à prendre des positions influençant l'ensemble du droit d'auteur. Les questions préjudicielles des arrêts *BSA*[13] et *SAS*[14] englobent en effet l'ensemble des aspects que peut présenter un programme d'ordinateur, lesquels peuvent faire appel à la protection spécifique issue de la directive de 1991, mais aussi au droit d'auteur entendu plus classiquement.

La première décision, rendue par la troisième chambre le 22 décembre 2010, concernait la protection de l'interface graphique : une association tchèque, la «*Bezpečnostní softwarová asociace*» (ci-après «*BSA*»), désirait

carry out collective management of the economic rights in computer programs. Following the refusal by the Czech national authorities, which considered that the graphic user interface did not enjoy copyright protection, the appeal submitted to the Czech Supreme Court led the latter to refer two preliminary questions to the CJEU. The first concerned the possible inclusion of the graphic user interface in the category of computer programs within the meaning of Directive 91/250, while the second raised the following problem: could television broadcasting of such a graphic user interface be considered to constitute communication to the public within the meaning of Directive 2001/29?

The second judgment, delivered by the Grand Chamber, supplements the first one in that it relates to the other aspects of a computer program: not only the source code and object code (more widely called the compiled code or binary code) of course, but also the functionality itself, the logical interface through the question of the protection of the format of data files, programming languages and the program's user manual. The nine detailed questions cover the whole range of issues that can be raised concerning the scope of the protection conferred by the "Computer Programs" Directive, or even the "Information Society" Directive. The dispute that gave rise to the preliminary questions referred by the High Court of Justice (Chancery Division) stemmed from the development of a "clone" program. The company World Programming Ltd ("WPL") developed and marketed a program with the same functionalities as the one belonging to SAS Institute with which it sought to compete, namely data analysis and in

una gestión colectiva de los derechos patrimoniales sobre los programas. Tras la negativa de las autoridades checas, que consideraban que la interfaz gráfica no beneficiaba de la protección por el derecho de autor, el recurso elevado al Tribunal Supremo checo llevó a plantear dos cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera concernía la eventual inclusión de la interfaz gráfica en la categoría de programas de ordenador en el sentido de la directiva de 1991, mientras que la segunda planteaba el problema siguiente: ¿Puede considerarse como una comunicación al público, en el sentido de la directiva de 2001, la radiodifusión televisiva de tal interfaz gráfica?

La segunda decisión, dictada por la Gran Sala, completa la primera porque se refiere a los demás aspectos bajo los que puede presentarse un programa de ordenador: código fuente y código objeto (denominado más corrientemente código compilado o código binario), evidentemente, pero también la funcionalidad propiamente dicha, la interfaz lógica, a través de la cuestión de la protección de los formatos de los archivos de datos, los lenguajes de programación y el manual de utilización del programa. Las nueve cuestiones detalladas engloban el conjunto de interrogantes sobre la extensión de la protección conferida por la directiva "programas de ordenador", e incluso por la directiva "sociedad de la información". El conflicto en origen de las cuestiones prejudiciales formuladas por la High Court of Justice (Chancery Division) provenía del desarrollo de un progrma "clon". La Sociedad World Programming Ltd (WPL) desarrolló y comercializó un programa que proponía las mismas

opérer une gestion collective des droits patrimoniaux sur les programmes. Suite au refus des autorités nationales tchèques, considérant que l'interface graphique ne bénéficiait pas de la protection par le droit d'auteur, le recours porté devant la Cour de cassation tchèque l'a amenée à poser deux questions préjudicielles à la CJUE. La première concernait l'éventuelle inclusion de l'interface graphique dans la catégorie de programme d'ordinateur au sens de la directive de 1991, tandis que la seconde posait le problème suivant : la radiodiffusion télévisuelle d'une telle interface graphique pouvait-elle être considérée comme une communication au public, au sens de la directive de 2001 ?

La seconde décision, rendue par la Grande chambre, complète la première en ce qu'elle porte sur les autres aspects sous lesquels un programme d'ordinateur peut se présenter : code source et code objet (plus communément appelé code compilé ou code binaire) bien sûr, mais aussi la fonctionnalité elle-même, l'interface logique par l'entremise de la question de la protection des formats de fichiers, les langages de programmation et le manuel d'utilisation du programme. Les neuf questions détaillées englobent l'ensemble des interrogations quant à l'étendue de la protection conférée par la directive « programme d'ordinateur », voire par la directive « société de l'information ». Le conflit à l'origine des questions préjudicielles posées par la High Court of Justice (Chancery Division) provenait du développement d'un « clone » logiciel. La société World Programming Ltd (WPL) a développé et commercialisé un programme proposant les mêmes fonctionnalités que celui appartenant à la société SAS Institute et auquel elle comptait faire

particular statistical analysis. In addition to the policy issue of the protection of the program's functionality, there were questions relating to the lawfulness of the possibilities offered by WPL's software: the reproduction of the programming language developed by SAS so that users could continue to use the personal scripts that they had written, the identical format of data files and the user manual describing the various commands and their operation. The British court thus decided to consult the Court of Justice on the object and scope of the protection of a computer program by considering it in its complexity, that is to say in the variety of forms that it may take.

The question of the protection of programming language is of crucial practical importance: in the IT world, a program is inconceivable without a programming language. Yet in spite of the investment that the creation of a language requires, the question of its protection by the specific legislation on computer programs had, as far as we know, never been raised in France or at the European level. The problem in this case stemmed from the fact that WPL's program allowed users to keep their "scripts", i.e. small personal programs written in the language initially created by SAS. Instructions written in the SAS language could thus be interpreted and executed by WPL's program, meaning that it "included" understanding of the alphabet, the vocabulary, the grammatical rules, the semantics and so on.

funcionalidades que el perteneciente a la sociedad SAS Institute y al que iba a hacer la competencia, a saber el análisis de datos, especialmente el análisis estadístico. Al problema de principio de la protección de la funcionalidad del programa se añaden interrogantes inherentes a la legalidad de las posibilidades ofrecidas por el programa de WPL: copia del lenguaje de programación desarrollado por SAS para que los usuarios pudieran continuar utilizando los "scripts" personales realizados, formato de archivo idéntico, manual de utilización que describe los principales comandos y su funcionamiento. El juez británico fue pues llevado a consultar al Tribunal de Justicia sobre el objeto y la extensión de la protección de un programa de ordenador aprehendiéndolo en su complejidad, es decir en la variedad de formas que puede revestir.

La cuestión de la protección del lenguaje de programación es de un alcance práctico primordial: en el mundo de la informática, no se concibe un programa sin lenguaje de programación. Sin embargo, y a pesar de la inversión que requiere la creación de un lenguaje, la cuestión de su protección por la legislación específica de los programas no se había planteado nunca en Francia o a nivel europeo. El problema en este caso provenía de que el programa de la sociedad WPL permitía a los usuarios conservar sus "scripts", pequeños programas personales escritos en el lenguaje inicialmente creado por la sociedad SAS. Las instrucciones escritas en lenguaje SAS pueden ser así interpretadas y ejecutadas por el programa WPL, es decir el que "integra" la comprensión del alfabeto, del vocabulario, de las reglas de gramática, de su semántica…

concurrence, à savoir l'analyse de données, particulièrement l'analyse statistique. Au problème de principe de la protection de la fonctionnalité du programme s'ajoutent des questionnements inhérents à la légalité des possibilités offertes par le logiciel de WPL : reprise du langage de programmation développé par SAS afin que les utilisateurs puissent continuer à utiliser les scripts personnels qu'ils ont conçus, format de fichier identique, manuel d'utilisation décrivant les différentes commandes et leur fonctionnement. Le juge britannique a donc été amené à consulter la Cour de Justice sur l'objet et l'étendue de la protection d'un programme d'ordinateur en l'appréhendant dans sa complexité, c'est-à-dire dans la variété des formes qu'il peut revêtir.

La question de la protection du langage de programmation est d'une portée pratique primordiale : dans le monde du logiciel, un programme ne se conçoit pas sans langage de programmation. Pourtant, et malgré les investissements que nécessite la création d'un langage, la question de sa protection par la législation spécifique au logiciel n'avait à notre connaissance jamais été posée en France ou au niveau européen. Le problème en l'espèce provenait du fait que le programme de la société WPL permettait aux utilisateurs de conserver leur « scripts », petits programmes personnels écrits dans le langage initialement créé par la société SAS. Les instructions écrites en langage SAS peuvent ainsi être interprétées et exécutées par le programme WPL, c'est-à-dire que celui-ci « intègre » la compréhension de l'alphabet, du vocabulaire, des règles de grammaire, de sa sémantique…

The question of the protection of formats of data files is also fundamental: they are at the heart of the question of interoperability because they constitute a central element of the logical interface between computer programs. And let us not forget that the issue of decompilation for purposes of interoperability was the focus of controversy when Directive 91/250 was drafted[15]. Indeed, WPL offered software capable of reading, understanding and interpreting files in the format created by SAS so that customers could easily migrate from one system to the other while retaining their personal files.

With regard to these various questions, the critical analysis that can be conducted in relation to the Court of Justice's decisions seems aporetic to say the least. At first sight, the solutions provided by it appear consistent with the letter and spirit of the European legislation. Indeed, in the *BSA* case, the graphic user interface was viewed as a graphic work and not as a program, thus coming under the "traditional" rules of copyright rather than the specific system for software[16]. In the *SAS* judgment, the Court decided that the functionality of a program, programming languages and formats of data files are not protected as such[17], that the licensee is entitled to observe, study and test the functioning of the program[18] and that the user manual must be regarded as a literary work, subject as such to the provisions of Directive 2001/29, provided that it satisfies the requirement of being its author's "own intellectual creation"[19].

La cuestión de la protección de los formatos de archivo es también primordial: están en el centro de la cuestión de la interoperabilidad puesto que constituyen un elemento central de la interfaz lógica entre programas de ordenador. Y acordémonos de que la cuestión de la descompilación con fines de interoperabilidad estigmatizó los antagonismos en la época de la elaboración de la directiva de 1991[15]. La sociedad WPL proponía en efecto un programa capaz de leer, entender e interpretar los ficheros en el formato creado por SAS, para que sus clientes pudieran migrar de un sistema a otro con facilidad, conservando sus ficheros personales.

Sobre estas diversas cuestiones, el análisis crítico que es posible realizar de las decisiones del Tribunal de Justicia parece cuando menos aporético. A primera vista, las soluciones aportadas parecen conformes con la letra y el espíritu de la legislación comunitaria. En el pleito BSA*, en efecto, la interfaz gráfica de usuario es considerada como una obra gráfica y no como un programa, dependiendo pues del derecho de autor "clásico" y no del régimen especial de los programas[16]. En la sentencia* SAS*, se decide que las funcionalidades de un programa, los lenguajes de programación así como los formatos de archivo no están protegidos como tales[17], que el licenciatario tiene la posibilidad de observar, estudiar, verificar el funcionamiento del programa[18], y que el manual de utilización debe ser considerado como una obra literaria y a ese título, estar sometido a las disposiciones de la directiva de 2001 a condición de verificar el criterio de "creación intelectual propia" de su autor[19].*

La question de la protection des formats de fichiers est également primordiale : ils sont au cœur de la question de l'interopérabilité puisqu'ils constituent un élément central de l'interface logique entre programmes d'ordinateur. Et rappelons-nous que la question de la décompilation aux fins d'interopérabilité a stigmatisé les antagonismes à l'époque de l'élaboration de la directive de 1991[15]. La société WPL proposait en effet un logiciel capable de lire, comprendre et interpréter les fichiers au format créé par SAS, afin que les clients puissent migrer d'un système à l'autre de manière aisée, en conservant leurs fichiers personnels.

Sur ces questions diverses, l'analyse critique qu'il est possible de mener à l'égard des décisions de la Cour de justice semble pour le moins aporétique. À première vue, les solutions apportées paraissent conformes à la lettre et à l'esprit de la législation communautaire. Dans l'affaire *BSA*, en effet, l'interface utilisateur graphique est vue comme une œuvre graphique et non comme un programme, ressortissant donc du droit d'auteur «classique» et non du régime spécifique au logiciel[16]. Dans la décision *SAS*, il est décidé que les fonctionnalités d'un programme, les langages de programmation ainsi que les formats de fichiers ne sont pas protégés comme tels[17], que le licencié a la possibilité d'observer, d'étudier, de tester le fonctionnement du programme[18], et que le manuel d'utilisation doit être vu comme une œuvre littéraire et à ce titre soumis aux dispositions de la directive de 2001 à condition de satisfaire au critère de «création intellectuelle propre» à son auteur[19].

However, the devil is in the details. A close reading reveals that matters are not quite so clear and that the analyses conducted by the Court may be open to criticism. The tricky question of the relationship between the two directives is also problematic. For example, the Court was asked to clarify the extent of the protection granted to computer programs, to define what is covered by the "expression in any form" of a program and to determine to what extent traditional copyright may be applied. To that end, the Court's primary contribution lies in the method used to differentiate between the specific law on computer programs and what it has referred to in this connection as the "ordinary law" of copyright (I). Determining that method was a necessary precondition for delimiting what can be covered by copyright, through the special law or the "ordinary law", and thus for distinguishing between copyrightable and non-copyrightable forms (II).

I. THE CLASSIFICATION METHOD

The method adopted by the Court of Justice took the form of a distributive application of the legal regimes: Directive 91/250 constitutes a specific law for computer programs which should be coordinated with the "ordinary law" discovered at the time by the Court of Justice. The Court thus establishes a distributive method (A) the implementation of which seems to be arduous at times (B).

Sin embargo, el diablo está en los detalles. Una lectura atenta revela que las cosas no están tan claras, ya que los razonamientos pueden prestarse a críticas. La delicada cuestión de la articulación entre las dos directivas es también problemática. El Tribunal estaba invitado a precisar la extensión de la protección otorgada a los programas de ordenador, a definir lo que corresponde a la "forma de expresión del programa" y a determinar en qué medida se puede recurrir al derecho de autor tradicional. Para eso la primera aportación del Tribunal reside en el método elaborado para diferenciar el derecho específico de los programas y lo que, en esta ocasión, calificó como "derecho común" del derecho de autor (I). La determinación de este método era un paso previo necesario para trazar la frontera entre lo que puede abarcar el derecho de autor, derecho especial o "derecho común", y establecer así la diferencia entre las formas susceptibles de protección y las que no lo son (II).

I. EL MÉTODO DE CALIFICACIÓN

El método seguido por el Tribunal consiste en una aplicación distributiva de los regímenes jurídicos: la directiva de 1991 constituye un derecho específico de los programas que hay que articular con el « derecho común » descubierto en esta ocasión por los jueces de Luxemburgo. Se consagra así un método distributivo (A) cuya aplicación nos parece a veces difícil (B).

Pourtant, le diable est dans les détails. Une lecture attentive révèle que les choses ne sont pas si claires, les raisonnements menés pouvant prêter le flanc à la critique. La délicate question de l'articulation entre les deux directives est également problématique. La Cour était ainsi invitée à préciser l'étendue de la protection accordée aux programmes d'ordinateur, à définir ce qui ressort de la «forme d'expression du programme» et à déterminer dans quelle mesure il peut être fait appel au droit d'auteur traditionnel. Pour ce faire, l'apport premier de la Cour réside dans la méthode élaborée pour différencier le droit spécifique au logiciel et ce qu'elle a, à cette occasion, qualifié de «droit commun» du droit d'auteur (I). La détermination de cette méthode était un préalable nécessaire pour tracer la frontière de ce que peut saisir le droit d'auteur, droit spécial ou «droit commun», et ainsi faire la part entre les formes protégeables et non protégeables (II).

I. LA MÉTHODE DE QUALIFICATION

La méthode suivie par la Cour consiste en une application distributive des régimes juridiques : la directive de 1991 constitue un droit spécifique au logiciel qu'il convient d'articuler avec le «droit commun» découvert à l'occasion par les juges de Luxembourg. Est ainsi consacrée une méthode distributive (A) dont la mise en œuvre nous paraît parfois malaisée (B).

A – The Distributive Method Established by the Court

The distributive method is established in two stages, firstly, by linking the foundations, namely the specific computer programs directive and the "ordinary law" (1), before turning to the classification as such by dividing the program up into its various aspects (2).

1. The Foundations: Special Law and "Ordinary Law"

The reference to Directive 91/250 led the Court to affirm explicitly what it had been possible to sense in other cases, concerning the "Cable" Directive[20]. In the *BSA* judgment, Directive 2001/29 was expressly described as the "ordinary law of copyright"[21]. The Court of Justice's present involvement in the construction of European copyright doubtless obliges it to give itself a general basis to shore up the whole edifice. The same intention already existed in the unification of the concept of originality carried out in the *Infopaq* decision. Moreover, it is arguable whether the approach is in fact coherent. On the one hand, while concepts of European law must be given a uniform interpretation, on the other, the legal foundations need to be differentiated in the light of their field of coverage[22]… Whatever the event, it seems settled: Europe has a *general law of copyright* with Directive 2001/29. It was possible to view the expression used in the *BSA* judgment as a clumsy one with little import. However, the decision in the *SAS* case confirms the method of interpretation and the respective general law and special law statuses of Directives 2001/29 and 91/250. This is particularly noteworthy because the question was

A. El método distributivo consagrado

La consideración del método distributivo se hace en dos tiempos: primero articular los fundamentos, la directiva específica para los programas y el "derecho común" (1), antes de abordar la calificación propiamente dicha que consiste en fragmentar el programa en sus diferentes aspectos (2).

1. Las bases: derecho especial y "derecho común"

La referencia a la directiva de 1991 lleva al Tribunal a afirmar explícitamente lo que se había podido presentir con ocasión de otros pleitos, sobre la directiva Cable[20]. En la sentencia BSA*, la directiva 2001/29 está calificada expresamente de "protección del derecho de autor de derecho común"[21]. La implicación contemporánea del Tribunal de Justicia en la construcción del derecho de autor europeo le impone sin duda darse una base general que sirva de apoyo al conjunto. Tal voluntad estaba ya presente en la unificación de la noción de originalidad realizada por la decisión* Infopaq*. Hay que preguntarse también si el enfoque es coherente: las nociones de derecho de la Unión Europea deben recibir una interpretación uniforme por un lado, mientras que por el otro conviene diferenciar los fundamentos jurídicos en función de su campo de aplicación[22]… En cualquier caso, la causa parece zanjada: Europa dispone de un* derecho comun del derecho de autor *con la directiva 2001/29. La fórmula de la sentencia* BSA *pudo ser interpretada como una impericia sin gran alcance. Pero la sentencia* SAS *confirma el método de interpretación y los estatutos de las directivas 2001/29 y 1991/250,*

A. La méthode distributive consacrée

La consécration de la méthode distributive est réalisée en deux temps : d'abord articuler les fondements, la directive spécifique au logiciel et le « droit commun » (1), avant de procéder à la qualification proprement dite consistant à morceler le logiciel en ses différents aspects (2).

1. Les fondements : droit spécial et « droit commun »

La référence à la directive de 1991 a conduit la Cour à explicitement affirmer ce qui avait pu être pressenti à l'occasion d'autres affaires, concernant la directive Câble[20]. Dans l'arrêt *BSA*, la directive 2001/29 est expressément qualifiée de « protection du droit d'auteur de droit commun »[21]. L'implication contemporaine de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur européen lui impose sans doute de se donner un fondement général servant de soubassement à l'ensemble. Une telle volonté était déjà présente dans l'unification de la notion d'originalité réalisée par la décision *Infopaq*. Il faut du reste se demander si l'approche est bien cohérente : des notions de droit de l'Union européenne doivent recevoir une interprétation uniforme d'un côté, quand de l'autre il convient de différencier les fondements juridiques en fonction de leur champ d'application[22]… En tout état de cause, l'affaire semble entendue : l'Europe dispose d'un *droit commun du droit d'auteur* avec la directive 2001/29. La formule de l'arrêt *BSA* avait pu être interprétée comme une maladresse sans grande portée. Mais l'arrêt *SAS* conforte la méthode d'interprétation et les statuts des directives 2001/29 et 1991/250, respectivement de droit commun et de droit spécial. Cela est d'autant plus

not submitted to the Court and so the method is fixed on the basis of the useful interpretation principle. Even more recently, in its *UsedSoft* decision, which rightly attracted attention because of its significant implications[23], the Court stated very explicitly that "Directive 2009/24 [the codified version of Directive 91/250], which concerns specifically the legal protection of computer programs, *constitutes a* lex specialis *in relation to Directive 2001/29*"[24].

Accordingly, when the Court of Justice precludes protection based on the special law for computer programs, it expressly instructs national courts to examine the possibility of protection as a traditional work under Directive 2001/29.

In the *BSA* judgment, while the graphic interface is not viewed as a "form of expression of a computer program" based on Directive 91/250, the courts must ascertain whether the interface meets the criteria for the default copyright protection[25]. Adopting a similar phrase, the *SAS* judgment states that the programming language's exclusion from the category of "forms of expression" of a program under Article 1(2) of Directive 91/250 "cannot affect the possibility that the SAS language [...] might be protected, as works, by copyright under Directive 2001/29 if they are their author's own intellectual creation"[26]. Although the expression is not used again in the *SAS* judgment, the intention of the Court of Justice's Grand Chamber to establish the status of "ordinary law" of general application is confirmed. Indeed, the Advocate General had considered, for

respectivamente de derecho común y de derecho especial. Esto es tanto más notable cuanto que la cuestión no estaba formulada y que por consiguiente el método se fija en virtud del principio de interpretación útil. Más recientemente aún, en la sentencia UsedSoft*, señalada con razón a causa de su importante alcance[23], el Tribunal fue muy explícito afirmando que "la directiva 2009/24 [versión codificada de la directiva de 1991], que concierne específicamente la protección jurídica de los programas de ordenador, "*constituye una *lex specialis* con respecto a la directiva 2001/29"[24].

Así, cuando el Tribunal excluye la protección sobre la base del derecho especial de los progamas, da expresamente instrucción a las jurisdicciones nacionales de examinar la posibilidad de protección como obra clásica sobre la base de la directiva 2001/29.

En la sentencia BSA*, la interfaz gráfica no es considerada como una "forma de expresión del programa" sobre la base de la directiva 1991/250, pero el juez debe verificar si dicha interfaz responde a los criterios del derecho de autor por defecto[25]. Con una fórmula análoga, la sentencia* SAS *afirma que la exclusión del lenguaje de programación de la categoría de las "formas de expresión" del programa del artículo 1°, § 2 de la directiva de 1991 "no puede afectar la posibilidad, para el lenguaje SAS, (…) de beneficiar, como obra, de la protección por el derecho de autor, en virtud de la directiva 2001/29, si se trata de una creación intelectual propia de su autor"[26]. Aunque la expresión no se utilice de nuevo en la sentencia* SAS*, se afirma la voluntad de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de asentar bien el estatuto del "derecho común". El Fiscal general había estimado por su lado que*

remarquable que la question ne lui était pas posée et qu'en conséquence la méthode est fixée en vertu du principe d'interprétation utile. Plus récemment encore, dans un arrêt *UsedSoft* remarqué, à juste titre en raison de son importante portée[23], la Cour a été très explicite en affirmant que «la directive 2009/24 [version codifiée de la directive de 1991], qui concerne spécifiquement la protection juridique des programmes d'ordinateur, *constitue une* lex specialis *par rapport à la directive 2001/29*»[24].

Ainsi, lorsque la Cour exclut la protection sur le fondement du droit spécial du logiciel, elle donne expressément pour instruction aux juridictions nationales d'examiner la possibilité de protection comme œuvre classique sur le fondement de la directive 2001/29.

Dans l'arrêt *BSA*, l'interface graphique n'est pas considérée comme une «forme d'expression du programme» sur le fondement de la directive 1991/250, mais le juge doit vérifier si ladite interface ne répond pas aux critères du droit d'auteur par défaut[25]. Par une formule analogue, l'arrêt *SAS* affirme que l'exclusion du langage de programmation de la catégorie des «formes d'expression» du programme de l'article 1er § 2 de la directive de 1991 «ne saurait affecter la possibilité, pour le langage SAS, [...] de bénéficier, en tant qu'œuvres, de la protection par le droit d'auteur, en vertu de la directive 2001/29, s'ils sont une création intellectuelle propre à leur auteur»[26]. Bien que l'expression ne soit pas utilisée à nouveau dans l'arrêt *SAS*, la volonté de la Grande chambre de la Cour de justice d'asseoir le statut du «droit commun» est affirmée. L'Avocat général avait en effet estimé pour sa

his part, that the programming language was not eligible for any protection[27] and the Court could have confined itself to following his opinion. Likewise, in connection with formats of data files, the Court was not required to refer them back to Directive 2001/29[28]. Taking advantage of the innocuousness of the observation in view of the lack of originality in this case, the Court wished to seize the opportunity to reaffirm the "ordinary law" nature of Directive 2001/29 discovered in the *BSA* judgment. It will offer litigants new ground on which to argue their cases. This commentator would have preferred to have been spared such a detour which seems doomed to failure from the outset, because, ultimately, it is likely that no protection can be granted to formats of data files or programming languages on any basis, but that the possibility of discussion under the "ordinary law" may pointlessly add to the complexity of the proceedings.

The relationship between the "ordinary law" and the special law naturally leads to an analysis of the protected subject matter within a computer program based on a distributive classification method.

2. Distributive Classification

Through the judgments in question, the Court of Justice establishes a distributive classification method, known in France in connection with multimedia works[29]. The hybridisation of copyright by the special law on computer programs creates a complex situation which seems to impose such a method. It would of course have been possible to adopt a holistic approach, by considering that the elements

el lenguaje de programación no podía beneficiar de ninguna protección[27], y el Tribunal hubiera podido contentarse con seguirle. Igualmente, a propósito de los formatos de archivo, la remisión no se imponía en absoluto[28]. El Tribunal ha querido aprovechar la ocasión para reafirmar el carácter de "derecho común" de la directiva de 2001 descubierta en la sentencia BSA*, aprovechando la inocuidad del inciso a causa de la falta de originalidad en este caso. El demandante encontrará aquí un nuevo terreno sobre el que argumentar. El comentarista hubiera preferido que se le ahorrase tal rodeo que de entrada parece destinado al fracaso. Es en efecto probable que al final no pueda concederse ninguna propiedad privativa a los formatos de archivo o a los lenguajes de programación por cualquier título que sea, pero la posibilidad de discusión en el terreno del "derecho común" es susceptible de hacer que los debates sean inútilmente complejos.*

La articulación del derecho común y del derecho especial lleva naturalmente a distinguir entre los objetos protegidos en el marco de un programa de ordenador, por un método de calificación distributiva.

2. La calificación distributiva

En las sentencias estudiadas, el Tribunal consagra un método distributivo de calificación, conocido en Francia en materia de obras multimedia[29]. La hibridación del derecho de autor por el derecho especial de los programas de ordenador crea una situación compleja que parece imponer tal método. Hubiera sido ciertamente posible adoptar un enfoque global, considerando que los objetos que

part que le langage de programmation ne pouvait ressortir d'aucune protection[27], et la Cour aurait pu se contenter de le suivre. De même, à propos des formats de fichiers, le renvoi ne s'imposait nullement[28]. La Cour a voulu saisir l'occasion de réaffirmer le caractère de «droit commun» de la directive de 2001 découverte dans l'arrêt *BSA*, profitant de l'innocuité de l'incise en raison de l'absence d'originalité en l'espèce. Le plaideur y trouvera un nouveau terrain sur lequel argumenter. Le commentateur aurait préféré qu'on lui épargne pareil détour qui semble d'avance voué à l'échec. Car il est vraisemblable qu'au final, aucune protection privative ne puisse être accordée aux formats de fichiers ou aux langages de programmation à quelque titre que ce soit, mais que la possibilité de discussion sur le terrain du «droit commun» soit de nature à complexifier inutilement les débats.

L'articulation du droit commun et du droit spécial conduit naturellement à faire la part des objets protégés au sein d'un logiciel, par une méthode de qualification distributive.

2. La qualification distributive

Par les arrêts étudiés, la Cour consacre une méthode distributive de qualification, connue en France en matière d'œuvres multimédia[29]. L'hybridation du doit d'auteur par le droit spécial du logiciel crée une situation complexe qui semble imposer une telle méthode. Il aurait été certes possible d'adopter une approche globale, en considérant que les objets qui gravitent autour du logiciel devraient en suivre le régime : *Accessorium*

orbiting around a computer program should follow its regime, based on the maxim *accessorium sequitur principale.* But that is not the approach adopted by the Court which prefers to split the program up by analysing its various aspects separately. Moreover, this is not surprising if one considers the rationale of the *Infopaq* decision and its assessment of the method of implementing the reproduction right: the Court adopted a "fragmented approach"[30] to the effect that the parts of a work "are protected by copyright since, as such, they share the originality of the whole work", i.e. "provided that they contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work"[31]. In other words, each reproduced element must contain its share of originality[32].

The language used in the *SAS* judgment seems to clearly suggest a fragmented analysis. Whereas, in the *BSA* case, the Court decided that the graphic user interface "is not *a* form of expression" of a program[33], in the *SAS* judgment, it decided that a computer program's functionality, programming language and format of data files do not "constitute a form of expression *of that program and, as such,*"[34] are not protected by the specific copyright in programs. The reasoning process that national courts are invited to conduct thus consists of analysing separately, in an autonomous manner, the various elements forming the program or orbiting around it. In other words, they are not accessories to the program, even though it is a question of "elements of that program by means of which users exploit certain functions of that program"[35]. Therefore, it seems to us that the Court has not excluded these elements from protection on the ground

gravitan alrededor de los programas deberían seguir el régimen de este: Accessorium sequitur principale. *No es el enfoque adoptado por el Tribunal, que prefiere fragmentar el programa analizando por separado sus diferentes aspectos. Esto no es además sorprendente, en la lógica de la decisión* Infopaq *y su apreciación del método de aplicación del derecho de reproducción: se adoptaba un "enfoque parcelario"[30] según el cual las partes de una obra "están protegidas por el derecho de autor desde el momento en que participan, como tales, en la originalidad de la obra entera", es decir "con la condición de que contengan algunos de los elementos que son la expresión de la creación intelectual propia del autor de esta obra."[31] En otros términos, cada elemento reproducido debe entrañar su parte de originalidad[32].*

La formulación utilizada en la sentencia SAS *parece ir claramente en el sentido del análisis parcelario: mientras que en la sentencia* BSA *se decidía que la interfaz gráfica "no constituye* una *forma de expresión de un programa de ordenador"[33], la sentencia* SAS *decide que la funcionalidad, el lenguaje de programación y el formato de archivo de un programa "no constituyen una forma de expresión* de ese programa y no están, a ese título*"[34] protegidos por el derecho de autor específico. El razonamiento que se invita a hacer a las jurisdicciones nacionales consiste pues en analizar por separado los diferentes elementos que componen el programa o que gravitan en su órbita más o menos cercana, de forma autónoma. En otros términos, no son accesorios del programa, aunque se trate de "elementos de ese programa mediante los cuales los usuarios explotan determinadas funciones de dicho programa"[35]. Nos parece pues que el*

sequitur principale. Ce n'est pas la démarche suivie par la Cour, qui préfère fragmenter le logiciel en analysant séparément ses différents aspects. Ce n'est d'ailleurs pas étonnant, dans la logique de la décision *Infopaq* et son appréciation de la méthode de mise en œuvre du droit de reproduction : elle y adoptait une « approche parcellisée »[30] selon laquelle les parties d'une œuvre « sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière », c'est-à-dire « à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre. »[31] Autrement dit, chaque élément reproduit doit receler sa part d'originalité[32].

La formulation utilisée dans l'arrêt *SAS* semble clairement aller dans le sens de l'analyse parcellaire : alors que dans l'arrêt *BSA*, il était décidé que l'interface graphique « ne constitue pas *une* forme d'expression d'un programme d'ordinateur »[33], l'arrêt *SAS* décide que la fonctionnalité, le langage de programmation et le format de fichier d'un programme d'ordinateur « ne constituent pas une forme d'expression *de ce programme et ne sont, à ce titre* »[34] pas protégés par le droit d'auteur spécifique. Le raisonnement que les juridictions nationales sont invitées à mener consiste donc à analyser séparément les différents éléments qui composent le logiciel ou gravitent dans son orbite plus ou moins proche, de manière autonome. En d'autres termes, ce ne sont pas des accessoires du programme, bien qu'il s'agisse d'« éléments de ce programme au moyen desquels les utilisateurs exploitent certaines fonctions dudit programme »[35]. Il nous semble donc que la Cour

that they do not amount to copyrightable forms *in abstracto*. The express referral to the "ordinary law" appears to confirm this. Nevertheless, an extrapolation is possible, in our view, in relation to what is explicitly stated by the Court. The remand court might perfectly well consider that such and such an element constitutes a form of expression of *a* computer program, viewed autonomously. It seems to us that in spite of the Court's apparent exclusion of Article 1(2) of Directive 91/250, the important thing is to conduct a differentiated analysis. In other words, the source code and object code, as the program's central forms, do not absorb the other forms produced in connection with it, as far as their classification is concerned: it may be a case of forms of expression of an autonomous program (but not *of that* initial program) or of any other form that could be seen as a work understood in the more traditional sense.

However, on close analysis, the classification's distribution between the "ordinary law" and the special law proves to be tricky to say the least.

B. Difficult Distributive Method

The implementation of the distribution of the rules raises a fundamental issue of confusion in the foundations (1) and this is a difficulty which re-emerges in the implementation of the classification itself (2).

1. The Porosity between the "Ordinary Law" and the Special Law

In our view, the seeds of the confusion appeared in the *Infopaq* decision[36] where the phrase used in

Tribunal no ha excluido esos elementos de la protección porque no serían formas protegibles in abstracto. *La remisión expresa al "derecho común" va en ese sentido. Pero es a nuestro parecer posible extrapolar con respecto a lo que está explícitamente formulado por el Tribunal. La jurisdicción de remisión podría perfectamente estimar que tal o cual elemento constituye un forma de expresión* de un *programa de ordenador, de manera autónoma. A pesar de la aparente exclusión por el Tribunal del artículo 1, § 2 de la directiva de 1991, lo que nos parece importante es que se haga un análisis diferenciado. Dicho de otro modo, código fuente y código objeto, formas centrales del programa, no absorben a las otras formas producidas en cuanto a su calificación: podrá tratarse de formas de expresión de un programa autónomo (pero no* de ese *primer programa), o de cualquier otra forma susceptible de ser considerada como una obra entendida más clásicamente.*

Pero, tras análisis, la distribución de calificación entre derecho común y derecho especial resulta ser como mínimo espinosa.

B. El método distributivo difícil

La aplicación de la distribución de las reglas plantea un problema fundamental de confusión en los fundamentos (1), dificultad que vuelve a surgir en la aplicación de la propia calificación (2).

1. La porosidad entre "derecho común" y derecho especial

El germen de la confusión apareció, a nuestro parecer, en la decisión Infopaq[36] *que extrapoló al*

n'a pas exclu ces éléments de la protection comme ne constituant pas des formes protégeables *in abstracto*. Le renvoi exprès au «droit commun» va en ce sens. Mais il est à notre avis possible d'extrapoler par rapport à ce qui est explicitement formulé par la Cour. La juridiction de renvoi pourrait très bien estimer que tel ou tel élément constitue une forme d'expression *d'un* programme d'ordinateur, de manière autonome. En dépit de l'apparente exclusion par la Cour de l'article 1 § 2 de la directive de 1991, l'important nous semble qu'une analyse différenciée soit menée. Autrement dit, code source et code objet, formes centrales du programme, n'absorbent pas les autres formes produites quant à leur qualification: il pourra s'agir de formes d'expression d'un programme autonome (mais non *de ce* programme premier), ou de toute autre forme susceptible d'être vue comme une œuvre plus classiquement entendue.

Mais, à l'analyse, la distribution de qualification entre droit commun et droit spécial se révèle pour le moins épineuse.

B. La méthode distributive malaisée

La mise en œuvre de la distribution des règles pose un problème fondamental de confusion dans les fondements (1), difficulté qui ressurgit dans la mise en œuvre de la qualification elle-même (2).

1. La porosité entre «droit commun» et droit spécial

Les germes de la confusion sont apparus, à notre sens, dans la décision *Infopaq*[36] qui a extrapolé à l'ensemble du droit d'auteur la formule utilisée

three specific European directives concerning computer programs[37], databases[38] and photographs[39] was extended to the whole of copyright, namely a work is original if it constitutes "its author's own intellectual creation". Whatever critical analysis may be conducted with regard to the end result, it must be noted that the classic concept of the stamp of the author's personality is destined to disappear in favour of a new European standard reflecting an objective conception of originality[40]. Moreover, this was predictable[41]. However, it is difficult for us, as a matter of principle, to endorse reasoning which generalises to all works a criterion introduced for very specific creations. As to the implementation of the criterion, it is clarified by the Court in laconic terms. We know that in the *Infopaq* decision, the Court noted that "[i]t is only through the choice, sequence and combination of […] words that the author may express his creativity in an original manner"[42]. In the field of computer programs, originality is generally found, to quote a famous French ruling, in the composition and the expression, as well as in the fact that the latter is not "the simple application of automatic and compelling logic"[43]. But while the Court refers to the "choice, sequence and combination"[44] in connection with user manuals, for other elements of the program it merely refers back to the protection under Directive 2001/29 and the foregoing analysis in the *BSA* judgment, citing the *Infopaq* judgment with its key concept of "own intellectual creation"[45].

conjunto del derecho de autor la fórmula utilizada en tres directivas comunitarias específicas relativas a los programas[37], a las bases de datos[38] y a las fotografías[39]: la obra protegida es original si constituye una "creación intelectual propia de su autor". Sea cual sea el análisis que pueda hacerse en cuanto al resultado producido, hay que constatar el hecho de que la noción clásica de marca de la personalidad está destinada a desaparecer en beneficio del nuevo modelo comunitario que traduce una concepción objetiva de la originalidad[40]. Esto era además previsible[41]. Pero nos es difícil, por principio, avalar un razonamiento que consiste en generalizar a la totalidad de las obras un criterio concebido para creaciones muy específicas. En cuanto a la aplicación del criterio, el Tribunal la precisa con laconismo. Y sabemos que en la sentencia Infopaq *se observaba que "solo por la elección, la disposición y la combinación de las palabras puede el autor expresar su espíritu creador de forma original"[42]. En el campo de los programas de ordenador, se nota generalmente la originalidad, retomando una célebre jurisprudencia francesa, en la composición y en la expresión, así como en el hecho de que esta no es "la simple aplicación de una lógica automática y obligatoria"[43]. Pero si se hace referencia a "la elección, la disposición y la combinación"[44] a propósito de los manuales de utilización, el Tribunal se contenta, para los demás elementos del programa, con remitir a la protección en virtud de la directiva 2001/29 así como a los desarrollos antes citados de la sentencia* BSA, *a la sentencia* Infopaq *y su noción clave de "creación intelectual propia"[45].*

dans trois directives communautaires spécifiques relatives aux programmes[37], aux bases de données[38] et aux photographies[39]: l'œuvre protégée est originale si elle constitue une «création intellectuelle propre à son auteur». Quelle que soit l'analyse critique pouvant être menée quant au résultat produit, il faut prendre acte du fait que la notion classique d'empreinte de la personnalité est destinée à disparaître au profit du nouveau standard communautaire traduisant une conception objectivée de l'originalité[40]. Cela était du reste prévisible[41]. Mais il nous est difficile, par principe, d'avaliser un raisonnement consistant à généraliser à l'intégralité des œuvres un critère conçu pour des créations très spécifiques. Quant à la mise en œuvre du critère, elle est laconiquement précisée par la Cour. Et nous savons que dans la décision *Infopaq*, il était relevé que «ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison [des] mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale»[42]. Dans le domaine des programmes d'ordinateur, on décèle généralement, pour reprendre une célèbre jurisprudence française, l'originalité dans la composition et dans l'expression, ainsi que dans le fait que celle-ci n'est pas «la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante»[43]. Mais s'il est fait référence au «choix, la disposition et la combinaison»[44] à propos des manuels d'utilisation, la Cour se contente, pour les autres éléments du programme, d'opérer par renvoi à la protection en vertu de la directive 2001/29 ainsi qu'aux développements précités de l'arrêt *BSA,* à l'arrêt *Infopaq* et sa notion clé de «création intellectuelle propre»[45].

The problem is that, concomitantly, the Court must carry out a distributive application of the *acquis*: it is necessary both to distinguish between the general law and the special law and to accept that the sole protection criterion is the result of induction from the special to the general. At the same time, there is a displayed autonomy and an undeniable porosity. That is the reason why – and it is understandable – the Court is obliged to look to existing rules, namely the specific directives, in the absence of a solid textual basis to establish its competence in the construction of a general law of copyright. But confusion is then almost inevitable: the special law acts as a conceptual ferment for the law of general application even though it is supposed to derogate from it[46]… In such a situation, utmost caution, if not rigour, is required when it is a question of differentiating between the legal regimes. And it has to be noted that the Court did not resist confusion, notably when it came to applying the new general law, which it took it upon itself to develop, to legal subject matter close to computer programs.

In the *BSA* case, the confusion is such as to be almost absurd. The user interface was classified as a work under the "ordinary law". This is a debatable characterisation in itself as we shall see. Logically, the answer to the question whether broadcasting of that "work" constitutes communication to the public ought to be affirmative. The Court says so itself: "in principle, television broadcasting of a work is a communication to the public which its author has the exclusive right to authorise or prohibit"[47]. Yet it denies the

El problema es que el Tribunal debe al mismo tiempo hacer una aplicación distributiva del acervo jurídico, hay que distinguir simultáneamente derecho común y derecho especial, y aceptar que el único criterio de protección sea el resultado de una inducción de lo especial hacia lo general. Hay a la vez autonomía proclamada y porosidad indiscutible. Por esa razón – por lo menos comprensible –, a defecto de tener una base textual sólida para asentar su competencia en la construcción de un derecho común del derecho de autor, el Tribunal está obligado a servirse de lo que existe, a saber las directivas específicas. Pero las confusiones son entonces casi inevitables: el derecho especial sirve de fermento conceptual al derecho general, al mismo tiempo que se le supone derogatorio[46]… En tal situación, es indispensable una gran prudencia, por no decir un gran rigor, cuando se trata de distinguir entre los regímenes jurídicos. Y es forzoso constatar que el Tribunal no ha resistido a las confusiones, en particular cuando se trata de aplicar el nuevo "derecho común", cuya elaboración se ha otorgado como misión, a objetos jurídicos cercanos a los programas de ordenador.

En el pleito BSA, *la confusión es tal que confina con el absurdo. La interfaz de usuario ha sido calificada como obra "de derecho común", calificación indiscutible en sí misma, como veremos. Lógicamente, la respuesta a la cuestión de saber si la radiodifusión de esta "obra" constituye una comunicación al público debería ser afirmativa. El Tribunal mismo lo afirma: "en principio, la radiodifusión televisiva de una obra es una comunicación al público que el autor de esta tiene derecho exclusivo a autorizar*

Le problème est que la Cour doit concomitamment effectuer une application distributive de l'acquis : il faut à la fois distinguer droit commun et droit spécial, et accepter que l'unique critère de protection soit le résultat d'une induction du spécial vers le général. Il y a en même temps autonomie affichée et porosité indéniable. C'est la raison pour laquelle – et pour le moins compréhensible –, faute d'avoir un fondement textuel solide pour asseoir sa compétence dans la construction d'un droit commun du droit d'auteur, la Cour est obligée de puiser dans l'existant, à savoir les directives spécifiques. Mais les confusions sont alors presque inéluctables : le droit spécial sert de ferment conceptuel au droit général, tout en étant censé lui être dérogatoire[46]… Dans une telle situation, la plus grande prudence, pour ne pas dire rigueur, est indispensable lorsqu'il s'agit de faire la part entre les régimes juridiques. Et force est de constater que la Cour n'a pas résisté aux confusions, notamment quant il s'est agi d'appliquer le nouveau «droit commun», qu'elle s'est donné pour mission d'élaborer, à des objets juridiques proches du logiciel.

Dans l'affaire *BSA*, la confusion est telle qu'elle confine à l'absurde. L'interface utilisateur a été qualifiée d'œuvre «de droit commun», qualification discutable en elle-même, comme nous le verrons. En bonne logique, la réponse à la question de savoir si la radiodiffusion de cette «œuvre» constitue une communication au public devrait être positive. La Cour l'affirme elle-même : «en principe, la radiodiffusion télévisuelle d'une œuvre est une communication au public que l'auteur de celle-ci a le droit exclusif d'autoriser

possibility of accepting such communication to the public within the meaning of Directive 2001/29 on the ground that "television viewers receive a communication of that graphic user interface solely in a passive manner, without the possibility of intervening"[48]. According to the Court, "the essential element characterising the interface, that is to say, interaction with the user," is lacking, so there can be no communication to the public of the interface. Such a solution is incomprehensible, in our view: if we are dealing with a work under the "ordinary law", there is no reason to require the application of a condition stemming from the special law – the functional character – to implement the general law! Although one author has tried to find coherence in the analysis of the *BSA* decision[49], we continue to think that the decision represents an "error of judgment"[50]. The decision in the *SAS* case appeared to wish to return to a degree of orthodoxy. However, when the discussion is conducted on the basis of the "ordinary law", the pitfall of confusion with the specific law re-emerges.

In the light of the European norms, it is clear that a user manual cannot be assimilated to a computer program. Moreover, the question of the category involved was not submitted to the Grand Chamber by the British court in the *SAS* case. It is based on Directive 2001/29, as the user manual is a "literary work". Yet the French legislator, when implementing the Directive, chose to protect the "software" and not just the "program"[51], which seemed to include the "documentation" concerning its operation[52]. In actual fact, neither the Directive nor the French law are explicit on the position of the documentation. Therefore, it seems logical – unless one

o a prohibir[47]. Sin embargo, el Tribunal niega la posibilidad de reconocimiento de tal comunicación al público en el sentido de la directiva 2001/29 porque "los telespectadores reciben la comunicación de esta interfaz gráfica de usuario únicamente de forma pasiva, sin posibilidad de intervenir."[48] Según él, falta "el elemento esencial que caracteriza a la interfaz, a saber la interacción con el usuario": no puede pues haber comunicación al público de la interfaz. Tal solución es, para nosotros, incomprensible: si estamos ante una obra "de derecho común", ¡no hay razón alguna de exigir la aplicación de una condición sacada del derecho especial, el carácter funcional, para aplicar el derecho general! Aunque una autora haya intentado encontrar una coherencia en el análisis de la sentencia BSA*[49], seguimos pensando que esta decisión corresponde al "error de juicio"[50]. La sentencia* SAS *parecía querer volver a cierta ortodoxia. Pero cuando la discusión se hace sobre la base del "derecho común", el escollo de la confusión con el derecho específico aflora de nuevo.*

Desde el punto de vista de las normas europeas, está claro que el manual de utilización no puede ser asimilado al programa de ordenador. La cuestión de saber en qué terreno se está no se plantea a la Gran Sala, en el pleito SAS*, por el juez británico: se sitúa sobre la base de la directiva de 2001, ya que el manual de utilización es una "obra literaria". Sin embargo, el legislador francés, en el momento de la transposición de la directiva, eligió proteger el "logiciel" ("soporte lógico") y no solo el "programa"[51], lo cual parecía incluir la "documentación" relativa a su funcionamiento[52]. En realidad, ni la directiva ni la ley francesa son explícitas*

ou d'interdire[47]. Pourtant elle dénie la possibilité de reconnaissance d'une telle communication au public au sens de la directive 2001/29 au motif que «les téléspectateurs reçoivent la communication de cette interface utilisateur graphique uniquement de manière passive, sans possibilité d'intervenir.»[48] Selon elle, l'«élément essentiel caractérisant l'interface, à savoir l'interaction avec l'utilisateur» fait défaut : il ne peut donc y avoir communication au public de l'interface. Une telle solution est, pour nous, incompréhensible : si nous sommes en présence d'une œuvre «de droit commun», il n'y a aucune raison d'exiger l'application d'une condition issue du droit spécial, le caractère fonctionnel, pour mettre en œuvre le droit général ! Bien qu'une auteure ait tenté de trouver une cohérence à l'analyse de l'arrêt *BSA*[49], nous continuons de penser que cette décision relève de l'«erreur de jugement»[50]. L'arrêt *SAS* semblait vouloir revenir à une certaine orthodoxie. Mais lorsque la discussion est menée sur le fondement du «droit commun», l'écueil de la confusion avec le droit spécifique ressurgit.

Du point de vue des normes européennes, il est clair que le manuel d'utilisation ne saurait être assimilé au programme d'ordinateur. La question de savoir sur quel terrain on se trouve n'est d'ailleurs pas posée dans l'affaire *SAS*, à la Grande chambre par le juge britannique : il se situe sur le fondement de la directive de 2001, le manuel d'utilisation étant une «œuvre littéraire». Pourtant, le législateur français avait, lors de la transposition de la directive, choisi de protéger le «logiciel» et non le seul «programme»[51], ce qui semblait inclure la «documentation» relative à son fonctionnement[52]. En réalité, ni la directive ni la loi française ne sont explicites sur le sort à réserver à cette

were to question the relevance of the choice of the term "software" (*logiciel*) in the French law[53] – not to include it in the special law and to reason by reference to the "ordinary law". The documentation's expression is not dependent on that of the program itself[54]. And, in this case, the SAS manuals "do not contain information on the [program's] internal behaviour". Unless it is considered that the French law may not be consistent with the Court of Justice's case law, the program's manual does indeed seem to constitute a work eligible for protection under the "ordinary law", provided that it satisfies the condition of originality.

Accordingly, the question raised in fact asks what acts are prohibited by Directive 2001/29 protecting a program's user manual. The Court considers that there is infringement if there is reproduction in a second manual, but also if there is reproduction of elements of the first manual in the second program[55]. There is no doubt that the author's "own intellectual creation" reproduced in another "literary work" formed by a second manual could be characterised as copyright infringement. On the other hand, the position in the second hypothesis seems less certain. Does use of elements of a manual in a program's source code amount to communication to the public within the meaning of Directive 2001/29 when that source code is not published? We know that, in itself, the protection of an undisclosed source code is not coherent with the basic mechanisms of literary and artistic property[56]. But, in this case, it is a question of reasoning by reference to the "ordinary law" of

sobre la suerte que hay que reservar a esta documentación: parece entonces lógico, a menos de interrogarse sobre la pertinencia de la elección del término "logiciel" en la ley francesa[53], no incluirla en el derecho especial y razonar sobre la base del "derecho común". La expresión de la documentación no depende de la del programa mismo[54]. Y en este caso, los manuales SAS "no contienen informaciones sobre el comportamiento interno" del programa. A menos de invocar un eventual defecto de conformidad de la ley francesa con respecto a la jurisprudencia del Tribunal, el manual del programa parece efectivamente constituir una obra susceptible de protección por el "derecho común" con la condición de verificar el criterio de originalidad.

Entonces la cuestión planteada equivale a saber cuáles son los actos prohibidos por la directiva de 2001 que protege al manual de utilización de un programa. El Tribunal estima que hay plagio en caso de reproducción en un segundo manual, pero también en caso de copia de elementos del primer manual en el segundo programa[55]. Que la "creación intelectual propia" reproducida en otra "obra literaria" que constituiría un segundo manual se califique de plagio no deja lugar a dudas. Por el contrario, está permitido ser más reservado sobre la segunda hipótesis. La copia, en el código fuente de un programa, de elementos de un manual ¿constituye una comunicación al público en el sentido de la directiva de 2001 siendo que ese código fuente no es precisamente publicado? Ciertamente, sabemos que, en sí misma, la protección de un código fuente no divulgado no casa con los mecanismos fundamentales de la propiedad literaria y artística[56]. Pero, en este caso, ¿se trata de razonar

documentation : il semble dès lors logique, sauf à s'interroger sur la pertinence du choix du terme de «logiciel» dans la loi française[53], de ne pas l'inclure dans le droit spécial et de raisonner sur le fondement du «droit commun». L'expression de la documentation n'est pas dépendante de celle du programme lui-même[54]. Et en l'espèce, les manuels SAS «ne contiennent pas d'informations sur le comportement interne» du programme. À moins de pointer un éventuel défaut de conformité de la loi française à la jurisprudence de la Cour, le manuel du programme semble bien constituer une œuvre susceptible de protection par le «droit commun» à condition de remplir le critère d'originalité.

Dès lors, la question posée revient à savoir quels sont les actes interdits par la directive de 2001 protégeant le manuel d'utilisation d'un programme. La Cour estime qu'il y a contrefaçon en cas de reproduction dans un second manuel, mais aussi en cas de reprise d'éléments du premier manuel dans le second programme[55]. Que la «création intellectuelle propre» reproduite dans une autre «œuvre littéraire» que constituerait un second manuel soit qualifiée de contrefaçon ne fait guère de doute. Il est en revanche permis d'être plus réservé sur la seconde hypothèse. La reprise, dans le code source d'un programme, d'éléments d'un manuel constitue-t-elle une communication au public au sens de la directive de 2001 alors que ce code source n'est précisément pas publié? Certes, nous savons que, en soi, la protection d'un code source non divulgué n'entre pas en cohérence avec les mécanismes fondamentaux de la propriété littéraire et artistique[56]. Mais en l'occurrence,

Directive 2001/29! Recognising that a program's source code may infringe the rights in a literary work if it reproduces that work (without being disclosed, therefore, in most cases) implies that the right of disclosure is totally denied: at no time can the reproduced form be perceived by the human mind[57]. Accordingly, if words have a meaning, it is hard to see how a concept of communication to the public, without any public, even an indirect one, could be accepted[58]. The logic of the special law, which derogates from copyright law in that it accepts protection for a non-perceptible form, is imported into the general law when the principle of the distribution of the rules would require them to be impervious. As a result, the Court of Justice relapses in its absurd analysis of the right of disclosure, which already received a very rough handling in the *BSA* decision. It stems from the same phenomenon of induction that led the Court to invent an "ordinary law" by borrowing a classification criterion contained in special laws and then attempting a distribution of the implementing rules.

As we have just seen, the great legal divide between the imperviousness and the porosity of the "ordinary law" and the special law is bold to say the least, if not untenable, but confusion is also apparent in the method of classification itself.

2. Confusion between the Object and the Criterion

The classification[59] requires by nature the identification of an object (or subject) of law and a status, as the

sobre la base del "derecho común" de la directiva de 2001! Reconocer que el código fuente de un programa es susceptible de vulnerar los derechos sobre una obra literaria cuando la reproduce (sin que, en la mayoría de los casos, sea divulgado) implica que el derecho de divulgación es negado totalmente: la forma reproducida no es perceptible en ningún momento por el espíritu humano[57]. Por consiguiente, mal se ve cómo, si las palabras tienen un sentido, habría que admitir una noción de comunicación al público sin público alguno, ni siquiera indirecto[58]. La lógica del derecho especial, derogatorio del derecho de autor en el sentido de que admite la protección para una forma no sensible, es importada en el derecho general, siendo que el principio de distribución de las reglas impondría su estanqueidad. Al hacer esto, el TJUE reincide en su absurdo análisis del derecho de divulgación, que ya había sido criticado con fuerza con ocasión de la sentencia BSA. *Resulta del mismo fenómeno de inducción que ha llevado a inventar un "derecho común", adoptando un criterio de calificación contenido en textos especiales y después intentando una distribución de las reglas de aplicación.*

Si, como acabamos de ver, tender un puente jurídico entre estanqueidad y porosidad del "derecho común" y del derecho especial es cuando menos audaz, por no decir insostenible, también se perciben confusiones en el método de calificación propiamente dicho.

2. La confusión entre objeto y criterio

La calificación[59] implica por esencia identificar un objeto (o un sujeto) de derecho y una calidad,

il s'agit de raisonner sur le fondement du «droit commun» de la directive de 2001! Reconnaître que le code source d'un programme est susceptible de violer les droits sur une œuvre littéraire lorsqu'il la reproduit (sans, donc, dans la majorité des cas, être divulgué) implique que le droit de divulgation est totalement nié: la forme reproduite n'est à aucun moment perceptible par l'esprit humain[57]. Par conséquent, nous voyons mal comment, si les mots ont un sens, il faudrait admettre une notion de communication au public sans aucun public, même indirect[58]. La logique du droit spécial, dérogatoire du droit d'auteur en ce qu'il admet la protection pour une forme non sensible, est importée dans le droit général, alors que le principe de distribution des règles imposerait leur étanchéité. Ce faisant, la CJUE récidive dans l'absurdité de son analyse du droit de divulgation, celui-ci ayant déjà été fortement malmené à l'occasion de la décision *BSA*. Elle procède du même phénomène d'induction qui a conduit à inventer un «droit commun», en empruntant un critère de qualification contenu dans des textes spéciaux puis en tentant une distribution des règles de mise en œuvre.

Si, comme nous venons de le voir, le grand écart juridique entre étanchéité et porosité du «droit commun» et du droit spécial est pour le moins audacieux, pour ne pas dire intenable, des confusions sont également perceptibles dans la méthode de qualification elle-même.

2. La confusion entre l'objet et le critère

La qualification[59] nécessite par essence d'identifier un objet (ou un sujet) de droit et une qualité, critère de qualification. En droit d'auteur, la confusion

classification criterion. In the field of copyright, confusion between the object of protection – the intellectual work – and its criterion of originality is common. It is true that the distinction is not easy to make. Yet it is necessary[60], particularly when the reasoning process is conducted on the fringe of the natural field of coverage of copyright[61]. Precisely because the emergence of information technology generates new questions, rigour requires that the object and its characteristics be identified. The legal reasoning process should determine whether there is a form eligible for protection and then analyse it to look for its originality which is the only protection criterion, whatever the definition adopted. This conceptual framework is necessary not only in the "ordinary law" but also based on the *lex specialis* because the very terms of Directive 91/250 require it.

As to protection under the "ordinary law", the Court of Justice's case law is uncertain in its consideration of the object (subject matter) of protection insofar as it is distinct from its criterion. The *Infopaq* decision has been criticised in that it "completely evades the concept of work"[62]. Yet it took care to point out that "the protection of certain subject matters as artistic or literary works presupposes that they are intellectual creations"[63] before going on to state that "works […] are protected by copyright only if they are original in the sense that they are their author's own intellectual creation"[64]. It is true that the wording adopted in the end refers to either "subject matter"[65] or "elements"[66].

criterio de calificación. En derecho de autor, la confusión entre el objeto, la obra del ingenio, y su criterio de originalidad es cosa corriente. Es cierto que la distinción no es fácil. Es sin embargo necesaria[60], en particular cuando el razonamiento se hace en el margen del campo natural del derecho de autor[61]. Como precisamente la irrupción de la informática renueva estas interrogaciones, el rigor impone distinguir el objeto y sus características. El razonamiento jurídico debe llevar a preguntarse si existe una forma susceptible de acceder a la protección y después, en una segunda etapa, analizarla para buscar en ella una originalidad que constituye el único criterio de protección, sea cual sea la definición adoptada. Este dato conceptual es necesario en "derecho común" y también sobre la base de la lex specialis *puesto que es lo que impone la propia letra de la directiva de 1991.*

En cuanto a la protección de "derecho común", la jurisprudencia del Tribunal es incierta en lo que concierne la consideración del objeto de la protección ya que es distinto de su criterio. La decisión Infopaq *ha sido criticada porque "escamotea completamente la noción de obra"[62]. Sin embargo, tenía cuidado de precisar que "la protección de determinados objetos como obras literarias o artísticas presupone que constituyen obras intelectuales"[63] para afirmar después que las "obras (…) no están protegidas por el derecho de autor más que si son originales en el sentido de que son una creación intelectual propia de su autor."[64] Es cierto que la fórmula adoptada finalmente se refiere a los "objetos"[65] o a los "elementos"[66].*

entre l'objet, l'œuvre de l'esprit, et son critère d'originalité est courante. Il est vrai que la distinction n'est pas aisée. Elle est pourtant nécessaire[60], particulièrement lorsque le raisonnement est mené à la marge du champ naturel du droit d'auteur[61]. Précisément, l'irruption de l'informatique renouvelant les questionnements, la rigueur impose de distinguer l'objet et ses caractéristiques. Le raisonnement juridique doit conduire à se demander s'il existe une forme susceptible d'accéder à la protection puis, dans un second temps, à l'analyser pour y déceler une originalité qui constitue l'unique critère de protection, quelle que soit la définition retenue. Cette donnée conceptuelle est nécessaire en «droit commun» mais aussi sur le fondement de la *lex specialis* puisque la lettre même de la directive de 1991 l'impose.

Quant à la protection «de droit commun», la jurisprudence de la Cour est incertaine dans la prise en compte de l'objet de la protection en tant qu'il est distinct de son critère. La décision *Infopaq* a été critiquée, en ce qu'«elle escamote complètement la notion d'œuvre»[62]. Pourtant, elle prenait le soin de préciser que «la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles»[63] pour dans un second temps affirmer que les «œuvres […] ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur.» [64] Il est vrai que la formule retenue au final se réfère aux «objets» [65] ou aux «éléments»[66].

The confusion is confirmed in relation to graphic interfaces. To assess originality, the Court of Justice rightly indicates that it is necessary to take account of "the specific arrangement or configuration of all the components which form part of" the interface, adding that this "criterion cannot be met by components of the graphic user interface which are differentiated only by their technical function"[67]. But, in our view, it did not need to take up the Advocate General's argument that, in the latter case, "the idea and the expression become indissociable"[68]: the absence of originality is sufficient to exclude the form which does not leave room for any choice[69]. All the more so because the Advocate General, further clarifying the method of case-by-case assessment to be followed by national courts, considered that they should "ascertain whether, by the choices of its author, by the combinations which he creates and the production of the graphic user interface, it is an expression of the author's own intellectual creation, excluding from that assessment the elements whose expression is dictated by their technical function"[70]. Apart from noting the inescapable truth of the tautology which excludes what is not deemed to be original from the assessment of originality, we consider the method strange, even absurd if taken literally: a combination of unoriginal elements may itself be original and such elements must not be excluded at the risk of having nothing left to analyse[71]. Whatever the case, when the Court states that "the graphic user interface can, as a work, be protected by copyright if it is its author's own intellectual creation"[72], it is difficult not to wonder whether the work's classification stage has not

La confusión se confirma a propósito de las interfaces gráficas. El Tribunal de Justicia, para apreciar la originalidad, precisa justamente que hay que tener en cuenta "la disposición o la configuración específica de todas las componentes que forman parte" de esta interfaz, añadiendo que "ese criterio no puede ser verificado por las componentes de la interfaz gráfica de usuario que estén únicamente caracterizadas por su función técnica."[67] Pero a nuestro juicio no era necesario retomar los razonamientos del Fiscal general que estimaba que en esta última hipótesis, "la idea y la expresión se confunden"[68]: la falta de originalidad basta para excluir la forma que no deja margen para arbitrariedad alguna[69]. Tanto más cuanto que el Fiscal general continúa con el método de aplicación caso por caso que debe seguir el juez nacional estimando que debe "verificar si, por las elecciones de su autor, por la combinaciones que crea y la puesta en escena de la interfaz gráfica de usuario, esta es una expresión de la creación intelectual propia de su autor, excluyendo de esta apreciación los elementos cuya expresión está dictada por su función técnica"[70]. Salvo retener la verdad ineluctable de la tautología que consiste en descartar de la apreciación de la originalidad lo que no se juzga original, el método nos parece extraño e incluso, tomado al pie de la letra, absurdo: una combinación de elementos no originales puede ser en sí misma original y no hay que excluirlos, porque se corre el riesgo de no tener ya nada que analizar[71]. En cualquier caso, cuando el Tribunal afirma que "la interfaz gráfica de usuario puede beneficiar, como obra, de la protección por el derecho de autor si es una creación intelectual propia de su autor"[72], es difícil no preguntarse si la etapa de calificación de la obra no ha

La confusion se confirme à propos des interfaces graphiques. La Cour de justice, pour apprécier l'originalité, précise justement qu'il faut tenir compte «de la disposition ou de la configuration spécifique de toutes les composantes qui font partie» de cette interface, ajoutant que «ce critère ne saurait être rempli par les composantes de l'interface utilisateur graphique qui seraient uniquement caractérisées par leur fonction technique.»[67] Mais il n'était pas à notre avis nécessaire de reprendre les développements de l'Avocat général estimant qu'en cette dernière hypothèse, «l'idée et l'expression se confondent»[68]: l'absence d'originalité suffit à exclure la forme qui ne laisse place à aucun arbitraire[69]. D'autant que l'Avocat général poursuit dans la méthode d'appréciation au cas par cas que doit suivre le juge national en estimant qu'il doit «vérifier si, par les choix de son auteur, par les combinaisons qu'il crée et la mise en scène de l'interface utilisateur graphique, celle-ci est une expression de la création intellectuelle propre à son auteur, en excluant de cette appréciation les éléments dont l'expression est dictée par leur fonction technique»[70]. Sauf à relever la vérité inéluctable de la tautologie consistant à écarter de l'appréciation de l'originalité ce qui n'est pas jugé original, la méthode nous paraît étrange voire, prise à la lettre, absurde: une combinaison d'éléments non originaux peut être elle-même originale et il ne faut pas les exclure, au risque de ne plus rien avoir à analyser[71]. En tout état de cause, lorsque la Cour affirme que «l'interface utilisateur graphique peut bénéficier, en tant qu'œuvre, de la protection par le droit d'auteur si elle est une création intellectuelle propre à son auteur»[72], il est difficile de ne pas se demander

been bypassed[73]: the copyrightable form and originality are confused[74].

The Court's analysis of the graphic interfaces thus led it to adopt the "merger doctrine" known in American copyright law. But it did so "ineptly"[75]: here the merger is effected between the subject matter and the criterion, whereas the principle of the merger doctrine is to deny protection when the expression and the idea are inextricable. This approach is taken up in connection with the special law for computer programs.

As to the specific protection conferred by Directive 91/250, the distinction between the object (subject matter) and its character must be even clearer because the very terms of the Directive expressly require its identification. Accordingly, it is necessary to check that we are dealing with "the expression in any form of a computer program" (Article 1(2)) before assessing its originality, defined as its author's "own intellectual creation" (Article 1(3)). This involves two separate intellectual operations and differentiated textual provisions. Yet matters are not always clear in the analyses of the Court and its Advocate General.

With regard to the definition of the object of protection, we know that while Directive 91/250 protects "the expression in any form of a computer program"[76], it does not define what this expression covers[77]. There is no doubt that the source code and object code, as elementary and necessary forms of a computer program, are protected[78]. The Court bases itself in particular on Article 10(1) of the TRIPs Agreement, already

sido eludida[73]: se han confundido forma susceptible de protección y originalidad[74].

El análisis de las interfaces gráficas por el Tribunal le ha llevado pues a adoptar la conocida merger doctrine *del* copyright *americano. Pero lo ha hecho "sin habilidad"[75]: se hace aquí la fusión entre el objeto y el criterio, mientras que la* merger doctrine *tiene por principio denegar la protección cuando la expresión y la idea se confunden. Este enfoque se vuelve a adoptar con respecto al derecho especial de los programas de ordenador.*

En cuanto a la protección específica conferida por la directiva de 1991, la distinción entre el objeto y su carácter debe ser aún más clara, puesto que su misma letra impone expresamente distinguir. Así, hay que verificar si estamos en presencia de una "forma de expresión del programa de ordenador" (art. 1, § 2) antes de medir su originalidad, definida como "creación intelectual propia" de su autor (art. 1, § 3). Eso resulta de dos operaciones intelectuales distintas y de disposiciones textuales diferenciadas. Sin embargo, las cosas no siempre están claras en los razonamientos del Tribunal y de su Fiscal general.

Sobre la definición del objeto de la protección, sabemos que aunque la directiva de 1991 protege "toda forma de expresión de un programa de ordenador"[76], no define lo que esta expresión recubre[77]. No cabe duda de que el código fuente y el código objeto, formas elementales y necesarias del programa, son objeto de la protección[78]. El Tribunal se funda en particular en el artículo 10, § 1 del acuerdo sobre los

si l'étape de qualification de l'œuvre n'est pas éludée[73]: forme protégeable et originalité sont confondues[74].

L'analyse des interfaces graphiques par la Cour l'a donc conduite à adopter la *merger doctrine* connue du *copyright* américain. Mais elle l'a fait «maladroitement»[75]: la fusion est ici réalisée entre l'objet et le critère, alors que la *merger doctrine* a pour principe de refuser la protection lorsque l'expression et l'idée se confondent. Cette approche est reprise à propos du droit spécial du logiciel.

Quant à la protection spécifique conférée par la directive de 1991, la distinction entre l'objet et son caractère doit être plus nette encore, puisque sa lettre même impose expressément de distinguer. Ainsi, il convient de vérifier si nous sommes en présence d'une «forme d'expression du programme d'ordinateur» (art. 1 § 2) avant de prendre la mesure de son originalité, définie comme «création intellectuelle propre» à son auteur (art. 1 § 3). Cela procède de deux opérations intellectuelles distinctes et de dispositions textuelles différenciées. Pourtant, les choses ne sont pas toujours claires dans les développements de la Cour et de son Avocat général.

Concernant la définition de l'objet de la protection, nous savons que si la directive de 1991 protège «toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur»[76], elle ne définit pas ce que recouvre cette expression[77]. Il ne fait pas de doute que le code source et le code objet, formes élémentaires et nécessaires du logiciel, fassent l'objet de la protection[78]. La Cour se fonde en particulier sur l'article 10 § 1, de l'accord sur les ADPIC, déjà invoqué

referred to in the *Infopaq* decision, in which they are expressly cited[79]. As to the other forms that may orbit around a program, the key is to view the program as a functional form and, consequently, to consider that there is a form of expression of the program from the moment that it enables the computer to perform its function: "any form of expression of a computer program must be protected from the moment when its reproduction would engender the reproduction of the computer program itself, thus enabling the computer to perform its task"[80]. In other words, there is a "form of expression of a computer program" when there is a program and it is functional by nature. That seems to be in the scheme of things because a program is defined by the function that it performs[81]. But, at the end of the day, if the Court's only contribution is to confirm that there is a computer program when there is form of expression which makes a computer function, it is almost disappointing. However, this guideline must enable it to reply to the questions referred to it and to separate out what is protected by Directive 91/250 and what is not[82].

The confusion with the criterion of originality appears again concerning the protection of the functionality: the first preliminary question referred to the Court in the *SAS* case was whether the functionality could be considered to be a "form of expression of the program" for the purposes of Directive 91/250[83]. To reply to this question of the definition of the subject matter of the monopoly, the Advocate General referred to the criterion of originality[84],

APDIC, ya invocado en la sentencia Infopaq*, que los menciona expresamente[79]. En cuanto a las demás formas que pueden gravitar en torno al programa, la clave de lectura consiste en considerar el programa como una forma funcional y como consecuencia estimar que existe forma de expresión del programa a partir del momento en que esta permite al ordenador realizar su función: "toda forma de expresión de un programa de ordenador debe estar protegida a partir del momento en que su reproducción engendraría la reproducción del programa de ordenador propiamente dicho, permitiendo así al ordenador realizar su función"[80]. En otros términos, hay "forma de expresión de un programa de ordenador" a partir del momento en que hay un "programa", y este es por su propia índole funcional. Esto parece estar en el orden de cosas, puesto que el programa se define por la función que ejecuta[81]: pero en definitiva, si la única aportación del Tribunal es afirmar que hay programa de ordenador cuando se está en presencia de una forma de expresión que hace funcionar un ordenador, es casi decepcionante. Ahora bien, es esta línea directriz la que debe permitirle responder a las preguntas formuladas y distinguir entre lo que está protegido por la directiva de 1991 y lo que no lo está[82].*

La confusión con el criterio de originalidad vuelve a surgir con relación a la protección de la funcionalidad: la primera cuestión prejudicial transmitida al Tribunal en el pleito SAS *consistía en saber si la funcionalidad podía ser considerada como una "forma de expresión del programa" en el sentido de la directiva 1991/250[83]. Para responder a esta cuestión de la definición del objeto del monopolio, el Fiscal general invocaba el*

dans l'arrêt *Infopaq*, qui les mentionne expressément[79]. Quant aux autres formes qui peuvent graviter autour du programme, la clé de lecture consiste à voir le programme comme une forme fonctionnelle et en conséquence à estimer qu'il y a forme d'expression du programme à partir du moment où celle-ci permet à l'ordinateur de réaliser sa fonction : «toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur doit être protégée à partir du moment où sa reproduction engendrerait la reproduction du programme d'ordinateur lui-même, permettant ainsi à l'ordinateur d'accomplir sa fonction»[80]. Autrement dit, il y a «forme d'expression d'un programme d'ordinateur» dès lors qu'il y a un «programme», et celui-ci est par nature fonctionnel. Cela paraît dans l'ordre des choses puisque le programme se définit par la fonction qu'il exécute[81] : mais en définitive, si le seul apport de la Cour est d'affirmer qu'il y a programme d'ordinateur lorsqu'on est en présence d'une forme d'expression qui fait fonctionner un ordinateur, c'en est presque décevant. Or cette ligne directrice doit lui permettre de répondre aux questions posées et de faire la part des choses entre ce qui est protégé par la directive de 1991 et ce qui ne l'est pas[82].

La confusion avec le critère d'originalité ressurgit au sujet de la protection de la fonctionnalité : la première question préjudicielle transmise à la Cour dans l'affaire *SAS* consistait à savoir si la fonctionnalité pouvait être considérée comme une «forme d'expression du programme» au sens de la directive 1991/250[83]. Pour répondre à cette question de la définition de l'objet du monopole, l'Avocat général a mis en avant le critère d'originalité[84],

i.e. the characteristic of that subject matter, which is something else. According to his approach, the starting point of protection – the existence of a copyrightable form – lies in the originality that may be detected in it: there does not seem to be any room for a commonplace form, ineligible for protection not for lack of sufficient formalisation but because it does not reflect any personal stamp. One could raise the objection that the result is the same: protection is granted to an original form of expression; it is not granted to one that is not, regardless of whether it is the subject matter to be covered or its original character that is lacking. However, the fact remains that, in our view, the true reason should be either that the functionality as such is not sufficiently formalised to enjoy protection or that the functional form does not leave room for the choice characterising originality[85]. Moreover, when it came to replying to the second preliminary question, the Advocate General appeared to leave out the reasoning centred on the single criterion by reaffirming that the functionality is not protected because it is "comparable to an idea". He inferred from this that the nature and/or extent of the functionality and the level of skill of the author are irrelevant for the analysis to be conducted. This is logical because the Directive expressly states that the only criterion to be considered is originality, or the "author's own intellectual creation" in the language of the European Union. By contrast, the assimilation of the program's structure to the functionality[86] is surprising: if there is a structure, it is because there is a form, an expression, and the courts should not exclude it from protection on the pretext that it is an idea but rather examine whether it is original[87].

criterio de originalidad[84], la característica de ese objeto, lo cual es otra cosa. Si se le sigue, el punto de partida de la protección, la existencia de una forma susceptible de protección, reside en la originalidad que se pueda encontrar en ella: no parece haber sitio para la forma banal, que no es susceptible de protección no a causa de una formalización insuficiente sino porque no refleja ningún rasgo personal. Es posible objetar que el resultado es el mismo: la protección se concede a una forma de expresión original, no la tiene la que no lo es en absoluto, independientemente del hecho de que lo que falta es el objeto que hay que aprehender o su carácter original. Pero sigue siendo cierto que la verdadera razón debería ser, a nuestro parecer, o bien que la funcionalidad está, como tal, insuficientemente formalizada para ser objeto de una protección, o bien que la forma funcional no deja margen para lo arbitrario que permite caracterizar la originalidad[85]. Además, cuando se trata de responder a la segunda pregunta prejudicial, el Fiscal general parece efectivamente dejar de lado el razonamiento centrado únicamente en el criterio reafirmando que la funcionalidad no puede ser protegida ya que es "asimilable a una idea". Deduce de esto que la naturaleza y/o la extensión de la funcionalidad, el nivel de conocimiento del autor son indiferentes para el análisis que hay que hacer. Esto es lógico ya que la directiva indica expresamente que el único criterio que hay que tener en cuenta es el de la originalidad, versión "creación intelectual propia" en el lenguaje comunitario. Por el contrario, la asimilación de la estructura del programa a la funcionalidad[86] sorprende: si hay estructura, es porque hay efectivamente una forma, una expresión, y no hay que excluirla de la

la caractéristique de cet objet, ce qui est autre chose. À le suivre, le départ de la protection, l'existence d'une forme protégeable, réside dans l'originalité que l'on pourrait y déceler : il ne semble pas y avoir de place pour la forme banale, insusceptible de protection non en raison d'une formalisation insuffisante mais parce qu'elle ne reflète aucune empreinte personnelle. Il est possible d'objecter que le résultat est le même : la protection est accordée à une forme d'expression originale, elle ne l'est pas à celle qui ne l'est point, indépendamment du fait que c'est l'objet à saisir ou son caractère original qui fait défaut. Mais il reste que la véritable raison devrait être, selon nous, soit que la fonctionnalité est, comme telle, insuffisamment formalisée pour faire l'objet d'une protection, soit que la forme fonctionnelle ne laisse pas place à l'arbitraire permettant de caractériser l'originalité[85]. D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de répondre à la seconde question préjudicielle, l'Avocat général semble bien laisser de coté le raisonnement centré sur le seul critère en réaffirmant que la fonctionnalité n'est pas protégée car « assimilable à une idée ». Il en déduit que la nature et/ou l'étendue de la fonctionnalité, le niveau d'expertise de l'auteur sont indifférents pour l'analyse à mener. Cela est logique puisque la directive indique expressément que l'unique critère à prendre en compte est celui de l'originalité, version « création intellectuelle propre » dans le langage communautaire. En revanche, l'assimilation de la structure du programme à la fonctionnalité[86] a de quoi surprendre : s'il y a structure, c'est bien qu'il y a une forme, une expression, et il ne faut pas l'exclure de la protection au prétexte que c'est une idée, mais examiner si elle est originale[87].

Finally, the Court's logic suggests recognition of the American merger doctrine. The detours taken in the field of originality perhaps make it a European-style merger doctrine. However, the end result, notably through the affirmation of the exclusion of ideas, leads to convergence with the solutions developed on the other side of the Atlantic[88].

II. THE RESULTS OF THE CLASSIFICATION

The distributive approach sets a methodological line for the analysis of what can be protected within a computer program. The boundaries of the protection are thus determined by rejecting certain non-copyrightable forms (A) and by granting the possibility of protection to other types of elements of a computer program (B).

A. Non-Copyrightable Forms

The fact of affirming the principle of the exclusion of ideas in the *SAS* judgment is, in our view, a major assertion (1). Nevertheless, its application seems intended only to exclude functionalities (2).

1. Affirmation of the Principle: The Exclusion of Ideas

The second sentence of Article 1(2) of Directive 91/250 provides: "Ideas and principles which underlie any element of a computer program,

protección so pretexto de que es una idea, sino examinar si es original[87].

En definitiva, la lógica del Tribunal va en el sentido de un reconocimiento de la merger doctrine *americana. Quizás los rodeos dados en el terreno de la originalidad la conviertan en una* merger doctrine *a la moda europea. Pero el resultado obtenido, en particular por la afirmación de la exclusión de las ideas, permite encontrar una convergencia con las soluciones desarrolladas al otro lado del Atlántico*[88].

II. LOS RESULTADOS DE LA CALIFICACIÓN

El enfoque distributivo fija una línea metodológica para el análisis de lo que puede ser protegido en el marco de un programa de ordenador. Las fronteras de la protección se determinan así descartando determinadas formas, no protegibles (A), y reconociendo la posibilidad de protección para otros tipos de elementos del programa (B).

A. Las formas que no pueden ser protegidas

La afirmación del principio de exclusión de las ideas, en la sentencia SAS, *constituye a nuestro juicio una afirmación importante (1). Su aplicación no parece sin embargo estar destinada más que a excluir las funcionalidades (2).*

1. La afirmación del principio: exclusión de las ideas

La segunda frase del artículo 1, § 2 de la directiva de 1991 dispone que "Las ideas y principios que están en la base de cualquier elemento que sea en

Au final, la logique de la Cour va dans le sens d'une reconnaissance de la *merger doctrine* américaine. Peut-être les détours empruntés sur le terrain de l'originalité en font une *merger doctrine* à la mode européenne. Mais le résultat obtenu, notamment par l'affirmation de l'exclusion des idées, permet de trouver une convergence avec les solutions développées outre-Atlantique[88].

II. LES RÉSULTATS DE LA QUALIFICATION

L'approche distributive fixe une ligne méthodologique pour l'analyse de ce qui peut être protégé au sein d'un logiciel. Les frontières de la protection sont ainsi déterminées en rejetant certaines formes, non protégeables (A), et en reconnaissant la possibilité de protection à d'autres types d'éléments du logiciel (B).

A. Les formes non protégeables

L'affirmation du principe d'exclusion des idées, dans l'arrêt *SAS*, constitue à notre avis une assertion de taille (1). Son application ne semble néanmoins destinée qu'à l'exclusion des fonctionnalités (2).

1. L'affirmation du principe : l'exclusion des idées

La seconde phrase de l'article 1er § 2 de la directive de 1991 dispose que : «Les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce

including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive." In the Directive's recitals, the non-protection of ideas explicitly derives from the fact that copyright protects only the program's form or expression[89]. Over and above the specific protection, it should be recalled here that the non-protection of ideas is a standard principle. In legal literature, the maxim coined by Desbois, "ideas are free fare" has remained famous[90]. The WIPO Copyright Treaty is also explicit on the subject: "Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such."[91]

Hence there is nothing surprising at first sight about the Court of Justice's much reported phrase that "to accept that the functionality of a computer program can be protected by copyright would amount to making it possible to monopolise ideas, to the detriment of technological progress and industrial development".[92]

The fact that it is confirmed by the Court is still noteworthy because its confirmation was not necessary in such general terms and the Court makes a point of recalling what the legislator's intention was, while allowing itself to go further. Indeed, referring to the explanatory memorandum to the proposal for Directive 91/250, the Court indicates that the legislator's objective was to limit protection to the program's expression alone in order to leave "other authors the desired latitude to create similar or even identical programs

un programa de ordenador, incluyendo los que están en la base de sus interfaces, no están protegidos por el derecho de autor en vertud de la presente directiva". Los considerandos de esta misma directiva hacen derivar explícitamente la no protección de las ideas del hecho de que el derecho no protege más que la forma, la expresión del programa[89]. Por encima de la protección específica, recordaremos aquí que la no protección de las ideas es un principio de lo más clásico. En la doctrina, la máxima de Desbois, "las ideas son de libre curso", es célebre[90]. El Tratado de la OMPI es también explícito a este respecto: "La protección a título del derecho de autor se extiende a las expresiones y no a las ideas, procedimientos, métodos de funcionamiento o conceptos matemáticos como tales."[91]

La fórmula apuntada del Tribunal no es pues a priori *sorprendente: "admitir que la funcionalidad de un programa de ordenador pueda estar protegida por el derecho de autor equivaldría a ofrecer la posibilidad de monopolizar las ideas, en detrimento del progreso técnico y del desarrollo industrial."[92]*

No es menos notable tal afirmación, ya que eso no era en absoluto necesario con tal generalidad, y el Tribunal tiene buen cuidado de recordar cuál era la voluntad del legislador al mismo tiempo que se autoriza a rebasarla. En efecto, precisa, refiriéndose a la exposición de motivos de la proposición de directiva, que el objetivo del legislador era limitar la protección a la simple expresión del programa con objeto de dejar "la latitud deseada a otros autores para crear programas similares e incluso idénticos,

soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive.» Les considérants de cette même directive font explicitement dériver la non-protection des idées du fait que le droit d'auteur ne protège que la forme, l'expression du programme[89]. Au-delà de la protection spécifique, nous rappellerons ici que la non-protection des idées est un principe des plus classiques. En doctrine, la maxime de Desbois, «les idées sont de libre parcours», est restée célèbre[90]. Le Traité de l'OMPI est également explicite sur ce point: «La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.»[91]

La formule remarquée de la Cour de justice n'est donc pas *a priori* étonnante: «admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du progrès technique et du développement industriel.»[92]

Elle n'en est pas moins remarquable dans son affirmation: car celle-ci n'était nullement nécessaire dans une telle généralité, et la Cour prend bien soin de rappeler quelle était la volonté du législateur tout en s'autorisant à la dépasser. En effet, elle précise, se référant à l'exposé des motifs de la proposition de directive, que l'objectif du législateur était de limiter la protection à la simple expression du programme afin de laisser «la latitude voulue à d'autres auteurs pour créer des programmes similaires ou même

provided that they refrain from copying"[93]. Above all, the Court pursues its disclosure of the *ratio legis* by stating that protection too far upstream would be "to the detriment of technological progress and industrial development"[94]. It would have been possible to substitute these for other grounds: creative freedom possibly and free competition undoubtedly… The chosen basis leads to two remarks. Firstly, it is clear that the "copyright" referred to here is the special law protecting computer programs and not the "ordinary law". The industrial nature of this (very) specific copyright is thus clearly affirmed. This seems logical because, in our view, the specific law is an industrial law closer to patent law than to copyright law as traditionally understood. But, as a result, the areas of porosity and confusion between the special law and the "ordinary law" that we identified earlier are even more criticisable. Secondly, the question must be raised as to whether, in doing so, the Court does not run over into the field of patents where industrial progress is the traditional goal[95]. In addition, it is not impossible that this posture is a sign of the anticipation of the reform of the European patent system currently under discussion[96] and on which the Court of Justice itself has expressed an opinion[97].

Be that as it may, the phrase applies very well to the first preliminary question concerning the possibility of protection of a program's functionality.

con tal de que se abstengan de copiar"[93]. Sobre todo, el Tribunal profundiza su descubrimiento de la ratio legis *afirmando que una protección demasiado "aguas arriba" iría "en detrimento del progreso técnico y del desarrollo industrial"[94]. Hubiera sido posible utilizar otros argumentos: libertad de creación eventualmente, libertad de competencia con seguridad… El terreno elegido lleva a una doble observación. Por un lado, está claro que el "derecho de autor" considerado aquí es el derecho especial que protege a los programas de ordenador y no el "derecho común". La índole industrial de ese "derecho de autor" (muy) específico es así afirmada claramente. Eso nos parece lógico ya que el derecho específico es, para nosotros, un derecho industrial más próximo a la patente que al derecho de autor entendido clásicamente. Pero entonces, las porosidades y confusiones entre derecho especial y "derecho común" que hemos identificado son tanto más condenables. Por otro lado, hay que preguntarse si, al hacer así, el Tribunal no desborda hacia el terreno de la patente, cuya finalidad tradicional es el progreso industrial[95]. Además, no es imposible que esta postura sea un signo de anticipación de la reforma del sistema de las patentes en Europa, que está discutiéndose actualmente[96], y sobre la que el propio Tribunal de Justicia ha intervenido[97].*

La fórmula se aplica muy bien, en cualquier caso, a la primera cuestión prejudicial relativa a la posibilidad de protección de las funcionalidades.

identiques, pourvu qu'ils s'abstiennent de copier»[93]. Surtout, la Cour approfondit son dévoilement de la *ratio legis* en affirmant qu'une protection trop en amont se ferait «au détriment du progrès technique et du développement industriel»[94]. Il aurait été possible d'y substituer d'autres fondements: liberté de création éventuellement, liberté de la concurrence très certainement… Le terrain choisi conduit à une double remarque. D'une part, il est clair que le «droit d'auteur» visé ici est le droit spécial protégeant les logiciels, et non le «droit commun». La nature industrielle de ce «droit d'auteur» (très) spécifique est ainsi clairement affirmée. Cela nous semble logique car le droit spécifique est, pour nous, un droit industriel plus proche du brevet que du droit d'auteur classiquement entendu. Mais dès lors, les porosités et confusions entre droit spécial et «droit commun» que nous avons identifiées sont d'autant plus condamnables. D'autre part, il faut s'interroger si, ce faisant, la Cour ne déborde pas sur le terrain du brevet, dont le progrès industriel est la finalité traditionnelle[95]. En outre, il n'est pas impossible que cette posture soit un signe d'anticipation de la réforme du système des brevets en Europe, actuellement en discussion[96], sur laquelle la Cour de Justice elle-même est intervenue[97].

La formule s'applique, en tout état de cause, très bien à la première question préjudicielle portant sur la possibilité de protection des fonctionnalités.

2. Application of the Principle: the Exclusion of Functionalities

The Court very clearly excludes the possibility of protecting the functionality forming the subject of the first preliminary question in the *SAS* case[98]. Unlike the questions concerning programming languages and formats of data files, there is no referral here to the "ordinary law" of copyright. Therefore, no protection is conceivable under copyright law, whether the "software" version or the "ordinary law" version. Moreover, in its replies to the seventh and eighth preliminary questions concerning the interpretation of Article 5(3) of Directive 91/250, the Court was able to stress the fact that contractual provisions must respect the principle of the non-appropriation of ideas: the Directive's purpose is to "ensure that the ideas and principles which underlie any element of a computer program are not protected by the owner of the copyright by means of a licensing agreement".[99]

This decision not to extend protection to the functionality seems consistent, moreover, with US case law[100] and the merger doctrine referred to earlier. However, while the principle is clearly stated[101], its application is trickier. Ideas are excluded, so be it. But what is an idea? What is a functionality? The difficulty in identifying the boundary between idea and expression remains intact[102].

So the question then is what exactly does the concept of a computer program's "functionality" cover? The judgment itself does not answer the question. The Advocate General's

2. La aplicación del principio: exclusión de las funcionalidades

El Tribunal excluye muy claramente la posibilidad de protección de las funcionalidades objeto de la primera cuestión prejudicial en el pleito SAS[98]. *Al contrario de las cuestiones relativas a los lenguajes de programación y los formatos de archivo, no se remite aquí al derecho común del derecho de autor: no se puede pues considerar protección alguna en derecho de autor, ni versión "soporte lógico" ni versión "derecho común". El Tribunal, además, con ocasión de las cuestiones prejudiciales séptima y octava, relativas a la interpretación del artículo 5, § 3 de la directiva de 1991, insiste en el hecho de que las disposiciones contractuales deben respetar el principio de no apropiación de las ideas: la finalidad de la directiva es "garantizar que las ideas y principios que están en la base de cualquier elemento de un programa de ordenador no estén protegidos por el titular del derecho de autor mediante un contrato de licencia"*[99].

Esta decisión de no extender la protección a las funcionalidades parece además coherente con la jurisprudencia americana[100] *y la* merger doctrine *evocada antes. Pero aunque la afirmación de principio sea clara*[101]*, su aplicación es más delicada. Las ideas están excluidas, bien. ¿Pero qué es una idea? ¿Qué es una funcionalidad? La dificultad de identificación de la frontera entre idea y expresión sigue intacta*[102].

Hace falta pues preguntarse qué recubre exactamente la noción de "funcionalidad" de un programa de ordenador… La sentencia misma no responde a la pregunta. Las conclusiones

2. L'application du principe : l'exclusion des fonctionnalités

La Cour exclut très clairement la possibilité de protection des fonctionnalités objet de la première question préjudicielle dans l'affaire *SAS*[98]. Contrairement aux questions à propos des langages de programmation et des formats de fichiers, il n'est pas ici fait renvoi au droit commun du droit d'auteur : aucune protection n'est donc envisageable en droit d'auteur, ni version «logiciel» ni version «droit commun». La Cour a d'ailleurs pu, à l'occasion des septième et huitième questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 5 § 3 de la directive de 1991, insister sur le fait que les dispositions contractuelles doivent respecter le principe de non-appropriation des idées : la finalité de la directive est d'«assurer que les idées et principes à la base de tout élément d'un programme d'ordinateur ne soient pas protégés par le titulaire du droit d'auteur au moyen d'un contrat de licence»[99].

Cette décision de ne pas étendre la protection aux fonctionnalités semble d'ailleurs cohérente avec la jurisprudence américaine[100] et la *merger doctrine* évoquée plus haut. Mais si l'affirmation de principe est claire[101], son application est plus délicate. Les idées sont exclues, soit. Mais qu'est-ce qu'une idée? Qu'est-ce qu'une fonctionnalité? La difficulté d'identification de la frontière entre idée et expression demeure entière[102].

Reste donc à se demander ce que recouvre exactement la notion de «fonctionnalité» d'un programme d'ordinateur… L'arrêt lui-même ne répond pas à la question. Les conclusions de l'Avocat général sont plus précises,

Opinion is more precise, even if the conception of the excluded functionality is diffuse: it involves the "service" that the user expects from the computer program, in other words the result expected by the program's user[103]. This "service" is non-copyrightable *per se* because copyright cannot encompass a non-formalised object. But however laudable it may seem as such, the *petitio principii* is not enough if one wishes to address matters in a more concrete manner. Indeed, it remains very tricky to distinguish between the protected form and the non-protectable function.

Indeed, the Court's decision does not present any method to follow in order to distinguish between a protectable form and a non-protectable function/idea, but merely endorses the Advocate General's Opinion which, in our view, seems to maintain the confusion criticised earlier between the form of expression and originality and between the subject matter of the protection and the criterion adopted to be eligible for it. Taking up the criterion of the author's "own intellectual creation" in Article 1(3) of the Directive, the Advocate General considered that "creativity, skill and inventiveness manifest themselves in the way in which the program is drawn up, in its writing. [...]. However, the way in which all of these elements are arranged, like the style in which the computer program is written, will be likely to reflect the author's own intellectual creation and therefore be eligible for protection"[104]. The confusion is perceptible, in our view, in the Advocate General's analysis, between the programmer's approach and his "style" of writing. To repeat the terminology used, the "way in which the program is drawn up" does not seem to us to be the "writing", and the "way

del Fiscal general son más precisas, aunque la concepción de la funcionalidad excluída es difusa: se trata del "servicio" que espera el usuario del programa de ordenador, es decir el resultado esperado por ese usuario[103]. Ese "servicio" está por su lado excluído del derecho de autor ya que este no puede amparar a un objeto no formalizado. Pero la petición de principio, por loable que pueda parecer, es insuficiente para el que quiere entender las cosas de forma concreta: sigue siendo delicado distinguir entre la forma protegida y la función que no puede serlo.

En efecto, la sentencia del Tribunal no presenta una pista que haya que seguir en la búsqueda de la distinción entre forma susceptible de protección y función-idea que no puede serlo, contentándose con aprobar las conclusiones del Fiscal general. Nos parece que estas mantienen la confusión ya criticada entre forma de expresión y originalidad, entre objeto de la protección y criterio adoptado para obtenerla. El Fiscal general, retomando el criterio de "creación intelectual propia" del autor del artículo 1, § 3, estima que "la creatividad, el saber hacer y la inventividad se manifiestan en la manera en que se elabora el programa, en su escritura. (...). Sin embargo, la manera en que todos estos elementos se dispongan, como el estilo de la escritura del programa de ordenador, será susceptible de reflejar una creación propia de su autor y será pues susceptible de estar protegida."[104] Así, la confusión es perceptible, a nuestro parecer, en los razonamientos del Fiscal general, entre el enfoque del programador y su "estilo" de escritura. Retomando la terminología utilizada, la "manera en que está elaborado el programa" no es, a nuestro juicio, la

même si la conception de la fonctionnalité exclue est diffuse : il s'agit du «service» qu'attend l'utilisateur du programme d'ordinateur, autrement dit le résultat attendu par l'utilisateur du programme[103]. Ce «service» est en lui-même exclu du droit d'auteur car le droit d'auteur ne saurait saisir un objet non formalisé. Mais la pétition de principe, aussi louable qu'elle puisse paraître comme telle, demeure insuffisante pour qui veut appréhender les choses de manière concrète : il demeure bien délicat de faire le point de départ entre la forme protégée et la fonction non protégeable.

En effet, l'arrêt de la Cour ne présente pas de piste à suivre dans la recherche de distinction entre forme protégeable et fonction-idée insusceptible de protection, se contentant d'approuver les conclusions de l'Avocat général. Celles-ci nous semblent entretenir la confusion déjà critiquée entre forme d'expression et originalité, entre l'objet de la protection et le critère retenu pour y accéder. L'Avocat général, reprenant le critère de «création intellectuelle propre» à l'auteur de l'article 1 § 3, estime que «la créativité, le savoir-faire et l'inventivité se manifestent dans la manière dont le programme est élaboré, dans son écriture. [...]. Cependant, la manière dont tous ces éléments seront arrangés, tel que le style de l'écriture du programme d'ordinateur, sera susceptible de refléter une création intellectuelle propre à son auteur et donc sera susceptible d'être protégée.»[104] Ainsi, la confusion est perceptible, selon nous, dans les développements de l'Avocat général, entre la démarche du programmeur et son «style» d'écriture. Pour reprendre la terminologie utilisée, la «manière dont le programme est élaboré» n'est pas, selon nous, l'«écriture», et «la manière dont [les] éléments

in which [the] elements are arranged" does not correspond to the "style of writing". In concrete terms, we are not at the same stage of the program's creation: the drawing up and arrangement correspond to the analysis (the "preparatory design material" expressly mentioned in the Directive), while the "writing" corresponds to the subsequent "coding" in computer language. The structure defined at the preliminary stage may be found again in the structure written in the form of sets of instructions, but not necessarily[105], unless the Advocate General contemplates the fact that part of the structuring of the writing of the source code exists as and when the writing is carried out, independently of the predetermined architecture. But it would still be a question of two separate things, depending on the level of "granularity" involved. In even more concrete terms, the items placed on file which the judge, assisted by an expert, will have to analyse in order to find evidence of the author's "own intellectual creation" are not the same. Not to mention the fact that it is not always the same person who was involved in the creation of this or that element: the analysts involved before the writing stage often leave the actual writing of the source code to programmers, particularly for large-scale projects. In addition, the "combination of several functionalities" was excluded by the Advocate General both because it must be treated as comparable to an idea and because "the very function of the program […] will dictate that combination"[106], meaning that it cannot be original. Nevertheless, we would argue that the combination of functions, even if they are commonplace in themselves, may stem from structuring that leaves room for choice. While it seems possible to state that the writing

"escritura", y la "manera en que están dispuestos los elementos" no corresponde al "estilo de la escritura". Concretamente, no estamos en el mismo estadio de la creación del programa: la elaboración, la disposición, corresponden al análisis (al "material de concepción preparatoria" expresamente considerado por la directiva), la escritura a la "codificación" posterior en la forma de lenguaje informático. La estructura definida en el estadio preliminar puede encontrarse en la estructura redactada en forma de sucesión de instrucciones, pero eso no es en absoluto forzoso[105]. A menos que el Fiscal general considere el hecho de que existe allí una parte de estructuración de la escritura del código fuente a medida que avanza la redacción, independientemente de la arquitectura determinada previamente. Pero se trataría todavía de dos cosas distintas, en función del nivel de "granularidad" en el que se sitúa. Más concretamente aún, los elementos aportados al caso que el juez, ayudado por un experto, deberá analizar para detectar una "creación intelectual propia" no son los mismos. Sin mencionar que a veces no es la misma persona la que actúa para la creación de tal o cual elemento: los analistas intervienen antes de la redacción y dejan con fecuencia la redacción del código fuente a los programadores, en particular en proyectos de gran envergadura. Además, la "combinación de varias funcionalidades" está excluida por el Fiscal general a la vez porque hay que asimilarla a una idea y que "la función misma [del] programa (…) va a dictar esta combinación"[106], es decir, que no puede ser original. Nos parece sin embargo que la combinación de funciones, aunque sean banales por separado puede realizar una estructuración que deje lugar para lo

[sont] arrangés» ne correspond pas au «style de l'écriture». Concrètement, nous ne nous trouvons pas au même stade de la création du logiciel: l'élaboration, l'arrangement, correspondent à l'analyse (au «matériel de conception préparatoire» expressément visé par la directive), l'écriture au «codage» subséquent sous forme de langage informatique. La structure définie au stade préliminaire peut se retrouver dans la structure rédigée en suites d'instructions, mais point nécessairement[105]. À moins que l'Avocat général n'envisage le fait qu'il y existe une part de structuration de l'écriture du code source au fur et à mesure de la rédaction, indépendamment de l'architecture préalablement déterminée. Mais il s'agirait toujours de deux choses distinctes, en fonction du niveau de «granularité» auquel on se situe. Plus concrètement encore, les pièces versées au dossier que le juge, assisté d'un expert, devra analyser pour y déceler une «création intellectuelle propre» ne sont pas les mêmes. Sans compter que ce n'est parfois pas la même personne qui a agi pour la création de tel ou tel élément: les analystes intervenant en amont de la rédaction laissent souvent la rédaction du code source aux programmeurs, en particulier pour des projets d'une importante envergure. Par ailleurs, la «combinaison de plusieurs fonctionnalités» est exclue par l'Avocat général à la fois parce qu'il faut l'assimiler à une idée et que «la fonction même [du] programme […] va dicter cette combinaison»[106], c'est-à-dire qu'elle ne peut être originale. Il nous semble néanmoins que la combinaison de fonctions, même banales en elles-mêmes, peut procéder d'une structuration laissant place à l'arbitraire. S'il paraît possible d'affirmer que la structure d'écriture est dictée par la fonction, bien que cela soit

structure is dictated by the function, even though this may be rather simplistic given the complexity of the technical context[107], we do not consider that the analysis of a functionality comprising a set of elementary functions can be compared to the analysis of a "non-decomposable" function.

In fact, the concept of the "functionality" of a program may assume two separate meanings, namely the expected result and the process followed to obtain it. Notwithstanding certain considerations of the Advocate General, the Court of Justice appears to exclude the former. With regard to the analysis of the second meaning, however, it is necessary to consider the form describing the process to the machine: structure, arrangement, combination… We fail to see why this should be classified as an excluded "idea" because a form is actually present. Insofar as this process comes before the writing, namely at the level of the structure of the writing, its originality should be carefully examined.

Protection continues to be possible from the moment that the requirement of form is satisfied and subject to the condition of originality. Moreover, the *SAS* judgment explicitly leaves the door open for certain elements of the program.

arbitrario. Aunque parezca posible afirmar que la estructura de escritura viene dictada por la función, incluso si eso es algo reductor a causa de la complejidad del contexto técnico[107], el análisis de una funcionalidad que regrupe un conjunto de funciones elementales no nos parece que deba poder ser asimilado al análisis de una función "que no puede ser descompuesta".

En realidad, la noción de "funcionalidad" del programa de ordenador puede revestir dos sentidos distintos: el resultado esperado y el proceso seguido para obtenerlo. A pesar de algunos razonamientos del Fiscal general, el Tribunal parece excluir el primero de ellos. Pero en cuanto al análisis del segundo, hay que considerar obligatoriamente la forma que describe el proceso a la máquina: estructura, disposición, combinación… Y no vemos por qué eso debería calificarse de "idea" excluída, puesto que precisamente está presente una forma. En la medida en que se sitúa antes de la redacción, al nivel de la estructura de la escritura, su originalidad deberá ser examinada minuciosamente.

Siempre es posible una protección desde el momento en que la exigencia de formalización se verifique y con la condición de originalidad. Además, la sentencia SAS *deja explícitamente la puerta abierta a algunos elementos del programa.*

quelque peu réducteur en raison de la complexité du contexte technique[107], l'analyse d'une fonctionnalité regroupant un ensemble de fonctions élémentaires ne nous paraît pas pouvoir être assimilée à l'analyse d'une fonction «indécomposable».

En réalité, la notion de «fonctionnalité» du logiciel peut revêtir deux sens distincts : le résultat attendu et le processus suivi pour l'obtenir. Malgré certains développements de l'Avocat général, la Cour semble exclure le premier. Mais quant à l'analyse du second, il faut nécessairement considérer la forme décrivant le processus à la machine : structure, arrangement, combinaison… Et nous ne voyons pas en quoi cela devrait être qualifié d'«idée» exclue, puisque, précisément, une forme est présente. Dans la mesure où l'on se situe en amont de la rédaction, au niveau de la structure de l'écriture, son originalité devra être minutieusement examinée.

Une protection reste toujours possible dès lors que l'exigence de formalisation est remplie et sous condition d'originalité. D'ailleurs, l'arrêt *SAS* laisse explicitement la porte ouverte pour certains éléments du programme.

B. Copyrightable Forms

The acceptance of forms that could be protected by copyright thanks to a "fallback" protection (2) means, to begin with, that the scope of the principle of the exclusion of ideas needs to be treated as relative to a certain extent (1).

1. The Relative Scope of the Exclusion of Ideas

The principle of the exclusion of ideas was affirmed by the Advocate General not only for functionalities but also for programming languages, as the two questions were considered together[108], separately from that of the protection of formats of data files. The Court does not adopt the same presentation and appears to deal with the three subject matters as a group. Yet, in the judgment, only the question of the functionality is explicitly targeted by the refusal to allow the monopolisation of ideas. Accordingly, some uncertainty can be felt as to whether the Grand Chamber follows the Advocate General concerning the justification for the non-protection of programming languages. The judgment itself is very elliptical in this regard and it is possible to hesitate about the role to be given to the Advocate General's arguments in order to clarify its meaning. Although legal literature says little on the subject, it supports the basis for the exclusion of ideas. Indeed, a programming language is regarded as being too abstract to be analysed as a copyrightable form: it is "a scientific work, a theoretical construction" or a set of methods[109]. In the words of the Advocate General, programming language is "the means which permits expression to be given, not the

B. Las formas susceptibles de protección

La aceptación de las formas que pueden ser protegidas por el derecho de autor, gracias a una protección "de repliegue" (2) implica en un primer tiempo relativizar algo el alcance del principio de exclusión de las ideas (1).

1. El alcance relativo de la exclusión de las ideas

El principio de exclusión de las ideas fue afirmado por el Fiscal general a propósito de las funcionalidades, pero igualmente de los lenguajes de programación, habiendo sido tratadas al mismo tiempo estas dos cuestiones[108], y separadamente de la protección de los formatos de archivo. El Tribunal no sigue esta presentación y parece reagrupar el tratamiento de los tres objetos. Sin embargo, en la sentencia, la negación a monopolizar las ideas no se refiere explícitamente más que a la cuestión de las funcionalidades. Por consiguiente, se puede dudar sobre el hecho de saber si la Gran Sala sigue al Fiscal general en lo relativo al fundamento de la exclusión de la protección para los lenguajes de programación. La sentencia misma es muy elíptica sobre este punto, y cabe dudar sobre el papel que hay que atribuir a los razonamientos del Fiscal general para aclarar el sentido de esa sentencia. La doctrina, aunque sea poco prolija sobre la cuestión, va en el sentido del fundamento de la exclusión de las ideas. En efecto, el lenguaje de programación se considera como demasiado abstracto para ser analizado como una forma que pueda ser protegida: es "una obra científica, una construcción teórica", un conjunto de métodos[109]. El lenguaje es un "medio de

B. Les formes protégeables

L'acceptation des formes pouvant être protégées par le droit d'auteur, grâce à une protection «de repli» (2) implique dans un premier temps de relativiser quelque peu la portée du principe d'exclusion des idées (1).

1. La relative portée de l'exclusion des idées

Le principe d'exclusion des idées avait été affirmé par l'Avocat général à propos des fonctionnalités, mais aussi des langages de programmation, les deux questions ayant été traitées ensemble[108], distinctement de la protection des formats de fichiers. La Cour ne reprend pas cette présentation et paraît regrouper le traitement des trois objets. Pour autant, dans l'arrêt, le refus de monopoliser les idées ne se rapporte explicitement qu'à la question des fonctionnalités. Il est en conséquence permis d'hésiter sur le fait de savoir si la Grande chambre suit l'Avocat général quant au fondement de l'exclusion des langages de programmation de la protection. L'arrêt lui-même est très elliptique sur ce point, et il possible d'hésiter sur le rôle à donner aux développements de l'Avocat général pour en éclairer le sens. La doctrine, bien que peu diserte sur la question, va dans le sens du fondement de l'exclusion des idées. En effet, le langage de programmation est considéré comme trop abstrait pour être analysé comme une forme protégeable : c'est «une œuvre scientifique, une construction théorique», un ensemble de méthodes[109]. Le langage est un «moyen de s'exprimer et non l'expression en elle-même»[110], indique l'Avocat général. «Passage obligé»[111], il doit, comme

expression itself"[110]. Being an "essential step"[111], it must, as such, remain free[112]. The Court's reasoning with regard to formats of data files is similar to the one adopted for programming languages, despite their separate treatment by the Advocate General. The problem is similar in that file formats may be seen as ideas that are not sufficiently formalised to qualify for protection: they are a method of organising information.

Yet, in both cases, the express referral to the "ordinary law" invalidates the non-protection of ideas as the justification for their exclusion from protection under the special law. This is because the principle of the exclusion of ideas also exists in the "ordinary law" of copyright: the reference to possible protection based on Directive 2001/29 implies that the Court did not wish to consider them as ideas, as a matter of principle. Nevertheless, national courts will be perfectly free to deny protection on a case-by-case basis on grounds of insufficient formalisation or lack of originality.

Moreover, the internal logic of Directive 91/250 may suggest that its framers did not mean to treat programming languages and formats of data files as being free fare.

With regard to languages, SAS Institute's argument was not without merit: according to the Directive, "to the extent that logic, algorithms and programming languages *comprise* ideas and principles, those ideas and principles are not protected"[113], so it can be claimed that the exclusion is limited

expresión, y no la expresión misma"[110], indica el Fiscal general. Como "paso obligatorio"[111], debe seguir libre[112]. Sobre los formatos de archivo, el Tribunal hace un análisis análogo al realizado sobre los lenguajes de programación, a pesar de un trato diferenciado por parte del Fiscal general. La problemática es semejante en el sentido de que los formatos de archivo pueden ser considerados como ideas insuficientemente formalizadas para dar lugar a la protección: son un modo de organización de la información.

Sin embargo, en ambos casos, la remisión expresa al "derecho común" lleva a invalidar la no protección de las ideas como fundamento de su exclusión de la protección por el derecho especial. En efecto, el principio de exclusión de las ideas existe también en "derecho común" del derecho de autor: la remisión a una eventual protección sobre la base de la directiva de 2001 implica que el Tribunal no ha querido, por principio, considerar esos objetos como ideas. El juez nacional tendrá total libertad para denegar la protección, caso por caso, a causa de una formalización insuficiente o por falta de originalidad.

Además, la lógica interna de la directiva de 1991 puede dejar pensar que sus redactores no han querido tratar lenguajes de programación y formatos de archivo como objetos de libre curso.

A propósito de los lenguajes, el argumento de la sociedad SAS no carecía de fundamento: según la directiva, "las ideas y principios que están en la base de *la lógica, de los algoritmos y de los lenguajes de programación no están protegidos"[113], lo que permite afirmar que la exclusión*

tel, rester libre[112]. À propos des formats de fichiers, la Cour a procédé à un raisonnement analogue à celui tenu sur les langages de programmation, malgré un traitement différencié de la part de l'Avocat général. La problématique est similaire en ce que les formats de fichiers peuvent être vus comme des idées insuffisamment formalisées pour donner prise à la protection : ils sont un mode d'organisation de l'information.

Pourtant, dans les deux cas, le renvoi exprès au «droit commun» conduit à invalider la non-protection des idées comme fondement de leur exclusion de la protection par le droit spécial. Car le principe d'exclusion des idées existe également en «droit commun» du droit d'auteur : le renvoi à une éventuelle protection sur le fondement de la directive de 2001 implique que la Cour n'a pas voulu, par principe, les considérer comme des idées. Il reste que le juge national aura toute liberté de dénier la protection, au cas par cas, au motif d'une formalisation insuffisante ou d'une absence d'originalité.

Par ailleurs, la logique interne de la directive de 1991 peut laisser penser que ses rédacteurs n'ont pas entendu traiter langages de programmation et formats de fichiers comme étant de libre parcours.

À propos des langages, l'argument de la société SAS n'était pas dénué de fondement : selon la directive «les idées et principes *qui sont à la base de* la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés»[113], ce qui permet de soutenir que l'exclusion est cantonnée à

to what comes before the language and, by negative inference, that it does not extend to the language itself, analysed as a whole. And it is true that if one reasons in terms of formalisation, the latter may be considered sufficient to give rise to copyright and to determine that there is a "form of expression". It would then be necessary to inquire into its originality[114]. The Court does not follow that argument but confines itself to stating that the programming language and the format of data files[115] "used in a computer program in order to exploit certain of its functions [do not] constitute a form of expression of that program for the purposes of Article 1(2) of Directive 91/250"[116]. The exclusion may thus seem to be based on the fact that, as in the *BSA* judgment concerning graphic user interfaces[117], the analysed elements are not programs because they do not directly enable the computer to perform its function: they are forms to enable the program to work but they cannot be assimilated to the program itself.

The possibility of "fallback" protection confirms this analysis.

2. Existing Protection Possibilities: "Ordinary Law" and Special Law

Protection possibilities outside the sphere of copyright (such as the protection offered by a patent or indeed by contract or unfair competition law) are beyond the scope of this study. In the field of copyright, the Court of Justice expressly refers back to the "ordinary law". However, in spite of appearances, it seems to us that there is still room for the special law.

está limitada a lo que se sitúa por encima del lenguaje y, a contrario*, que no se refiere al lenguaje mismo, analizado en su totalidad. Y es cierto que razonando en términos de formalización, esta puede ser juzgada suficiente para dar lugar a la aplicación del derecho de autor, para juzgar que hay "forma de expresión". Faltaría entonces interrogarse sobre su originalidad[114]. El Tribunal no sigue esta argumentación, contentándose con afirmar que el lenguaje de programación, al igual que los formatos de archivo[115], "en el marco de un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones no constituyen una forma de expresión de ese programa en el sentido del artículo 1, párrafo 2, de la directiva 91/250"[116]. La exclusión parece pues estar basada en el hecho de que, al igual que en la sentencia* BSA *a propósito de las interfaces gráficas[117], los elementos analizados no son programas ya que no permiten directamente al ordenador realizar su función: son formas que permiten hacer funcionar el programa pero no pueden ser asimiladas al programa mismo.*

La posibilidad de una protección de repliegue confirma este análisis.

2. Las protecciones subsistentes: "derecho común" y derecho especial

Las protecciones que se pueden considerar más allá del derecho de autor (tales como la que ofecen las patentes, o incluso el contrato o la competencia desleal) rebasan del marco del presente estudio. En derecho de autor, el Tribunal de justicia remite expresamente al derecho común. Pero nos parece, a pesar de las apariencias, que queda sitio para el derecho especial.

ce qui se situe en amont du langage et, *a contrario*, qu'elle ne porte pas sur le langage lui-même, analysé en son entier. Et il est vrai qu'à raisonner en termes de formalisation, celle-ci peut être jugée suffisante pour donner prise au droit d'auteur, pour juger qu'il y a «forme d'expression». Il resterait alors à s'interroger sur son originalité[114]. La Cour ne suit pas cet argumentaire, se contentant d'affirmer que le langage de programmation, tout comme les formats de fichiers[115], «dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituent une forme d'expression de ce programme au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250»[116]. L'exclusion peut donc paraître fondée sur le fait que, tout comme dans l'arrêt *BSA* à propos des interfaces graphiques[117], les éléments analysés ne sont pas des programmes car ils ne permettent pas directement à l'ordinateur d'accomplir sa fonction: ce sont des formes permettant de faire fonctionner le programme mais elles ne peuvent être assimilées au programme lui-même.

La possibilité d'une protection de repli confirme cette analyse.

2. Les protections subsistantes: «droit commun» et droit spécial

Les protections envisageables au-delà du droit d'auteur (telles que celle offerte par le brevet, voire par le contrat ou la concurrence déloyale) dépassent le cadre de la présente étude. En droit d'auteur, la Cour de justice renvoie expressément au droit commun. Mais il nous semble, malgré les apparences, qu'une place demeure pour le droit spécial.

Fallback protection under the "ordinary law" of copyright is expressly recognised by the Court of Justice for programming languages and formats of data files. Accordingly, the courts will have to examine them from the viewpoint of the existence of a form which will have to be characterised as original. Even though the criterion of the author's "own intellectual creation" seems to weaken the traditional threshold of continental European copyright, we think it highly improbable that either of them could actually qualify for protection. As to graphic interfaces, the Court of Justice's decision should not be construed, in our view, as applying to the graphic user interface as a whole: a distinction should be made between the external form, namely *the graphic effects* of the user interface which may show originality in the expression in some cases, and the internal form corresponding to the source code, i.e. the program, described moreover as such by the Advocate General[118], which is thus covered by the *lex specialis*[119].

As far as the special law is concerned, we would argue that it is possible, even necessary, to deviate from the Court's statements. Indeed, when it denies user interfaces the possibility of being classified as programs as a matter of principle, we believe that it is wrong: an interface is a program as such, being made up of forms unquestionably classified as programs, namely the source code and object code[120]. The interface is a "layer" of software whose function is to allow or facilitate interaction with the program onto which it is grafted. In this respect, as we have seen, the terms of the *SAS* judgment concerning programming languages and formats of data files are precise as regards the method adopted:

La protección de repliegue por el "derecho común" del derecho de autor es reconocida expresamente por el Tribunal a propósito de los lenguajes de programación y de los formatos de archivo. El juez tendrá pues que examinarlos con respecto a la existencia de una forma que deberá caracterizarse como original. Aunque el criterio de "creación intelectual propia" parece debilitar el umbral tradicional del derecho de autor continental, nos parece muy improbable que unos u otros puedan acceder efectivamente a la protección. En cuanto a la interfaz gráfica, la decisión del tribunal no debe a nuestro juicio leerse como relativa a la interfaz gráfica en su conjunto: hay que distinguir la forma externa, los efectos gráficos *de la interfaz de usuario, y estos pueden perfectamente dar lugar a la originalidad en la expresión según el caso, y la forma interna correspondiente al código fuente, es decir al programa, descrito además como tal por el Fiscal general*[118]*, que depende pues de la* lex specialis[119].

En cuanto al derecho especial, nos parece que es posible, e incluso necesario, apartarse de las formulaciones del Tribunal. En efecto, cuando deniega por principio a la interfaz de usuario la calificación de programa, pensamos que comete un error: la interfaz es un soporte lógico en sí, constituído por formas indiscutiblemente calificadas de programa, a saber el código fuente y el código objeto[120]*. La interfaz es una "capa" de progama cuya función es permitir o facilitar la interacción con el programa sobre el que se injerta. En eso, como hemos visto, la fórmula de la sentencia* SAS *a propósito de los lenguajes de programación y formatos de datos es precisa en cuanto al método*

La protection de repli par le «droit commun» du droit d'auteur est expressément reconnue par la Cour à propos des langages de programmation et des formats de fichiers. Le juge aura donc à les examiner au regard de l'existence d'une forme qui devra être caractérisée comme originale. Bien que le critère de «création intellectuelle propre» semble affaiblir le seuil traditionnel du droit d'auteur continental, il nous semble hautement improbable que l'un ou l'autre puisse effectivement accéder à la protection. Quant à l'interface graphique, la décision de la Cour ne doit pas à notre avis être lue comme visant l'interface utilisateur graphique dans son ensemble : il faut distinguer la forme externe, *les effets graphiques* de l'interface utilisateur, ceux-ci pouvant très bien donner prise à l'originalité dans l'expression selon les cas, et la forme interne correspondant au code source, c'est-à-dire au logiciel, décrit d'ailleurs comme tel par l'Avocat général[118], relevant donc de la *lex specialis*[119].

Quant au droit spécial, il nous semble qu'il est possible, voire nécessaire, de se départir des formulations de la Cour. En effet, lorsqu'elle dénie par principe à l'interface utilisateur la qualification de programme, nous pensons qu'elle est dans l'erreur : l'interface est un logiciel en soi, constitué de formes incontestablement qualifiées de logiciels, à savoir le code source et le code objet[120]. L'interface est une «couche» de logiciel dont la fonction est de permettre ou de faciliter l'interaction avec le logiciel sur laquelle elle se greffe. En cela, nous l'avons vu, la formule de l'arrêt *SAS* à propos des langages de programmation et format de données est précise quant à la méthode suivie : l'«élément» du programme en question ne constitue pas «une

the "element" of the program in question does not constitute "a form of expression *of that program*"[121]. In other words, it is not an accessory to the program which must follow the program's legal regime[122]. Therefore, it should be analysed independently, for what it is – and that may be a program… This is because there is no reason to deny the classification as "forms of expression" of a program in the light of the aim to be achieved: an interface is a computer program dedicated to allowing interaction with the user. In other words, the solution in the *SAS* judgment should be applied to graphic interfaces: these are not accessories to programs but may be classified independently as programs.

Similar reasoning can be adopted for programming languages. Although the Court of Justice seems to deny them the possibility of being classified as computer programs and refers them back to the "ordinary law", the important thing to consider is that the language is not an accessory to the program. It is not impossible, in our view, for an analysis to reveal that the use of certain programming languages may include reproduction of software libraries, compilers or interpreters. The language's creator is not totally deprived of protection then because the latter programs must continue to be protected as programs[123]. The source codes or object codes would necessarily be copied by the third-party "cloner" and, as the Court of Justice notes itself moreover, we would then be dealing with a case of "partial reproduction" for the purposes of Article 4(a) of Directive 91/250[124].

To sum up, it should be possible therefore, in our view, to classify programming languages and graphic

seguido: el "elemento" del programa en cuestión no constituye "una forma de expresión de ese programa*"[121]. Es decir, no es un accesorio del programa que deba seguir el mismo régimen jurídico[122]. Habrá pues que analizarlo independientemente, por lo que es. Y eso puede ser un programa… Ya que no hay razón alguna de denegar la calificación de "formas de expresión" de un programa en función del objetivo buscado: la interfaz es un programa de ordenador dedicado a la interacción con el usuario. En otros términos, la solución de la sentencia* SAS *debería aplicarse a las interfaces gráficas: estas últimas no son accesorios del programa sino que pueden calificarse de programas de forma independiente.*

Un razonamiento análogo puede hacerse sobre los lenguajes de programación. Aunque el Tribunal parece denegarles la calificación de programa de ordenador y remitir al "derecho común", hay que retener sobre todo que el lenguaje no es un accesorio del programa. No nos parece imposible que el análisis revele que la utilización de ciertos lenguajes de programación pueda incluir la reproducción de bibliotecas informáticas, de compiladores o de interpretadores. El creador del lenguaje no está entonces desprovisto de toda protección puesto que esos programas deben estar protegidos como programas[123]: los códigos fuente o códigos objeto serían obligatoriamente tomados por un tercero autor del "clon" y estaríamos entonces, como además lo dice el Tribunal, en una hipótesis de "reproducción parcial" en el sentido del artículo 4 a) de la directiva de 1991[124].

En definitiva, lenguaje de programación e interfaz gráfica deberían pues, a nuestro juicio, poder

forme d'expression *de ce programme»*[121]. Autrement dit, ce n'est pas un accessoire du programme qui doit en suivre le régime juridique[122]. Il faudra donc l'analyser indépendamment, pour ce qu'il est. Et ce peut être un programme… Car il n'y a aucune raison de dénier la qualification de «formes d'expression» d'un programme en fonction du but poursuivi : l'interface est un programme d'ordinateur dédié à l'interaction avec l'utilisateur. En d'autres termes, la solution de l'arrêt *SAS* devrait être appliquée aux interfaces graphiques : celles-ci ne sont pas des accessoires du programme mais peuvent être qualifiées de programmes de manière indépendante.

Un raisonnement analogue peut être mené à propos des langages de programmation. Bien que la Cour semble leur dénier la qualification de programme d'ordinateur et renvoyer vers le «droit commun», il convient de retenir surtout que le langage n'est pas un accessoire du programme. Il ne nous paraît pas impossible que l'analyse révèle que l'utilisation de certains langages de programmation peut inclure la reprise des bibliothèques logicielles, de compilateurs ou d'interpréteurs. Le créateur du langage n'est alors pas dénué de toute protection puisque ces programmes doivent rester protégés en tant que programmes[123] : les codes sources ou codes objets seraient nécessairement repris par le tiers «cloneur» et nous serions alors, comme le note d'ailleurs la Cour, dans une hypothèse de «reproduction partielle» au sens de l'article 4 a) de la directive de 1991[124].

Au final, langage de programmation et interface graphique devraient donc, selon nous, pouvoir être qualifiés de programmes indépendants, à

interfaces as independent programs provided that they satisfy the functional definition of a computer program.

CONCLUSION

The Court of Justice's basic contribution towards delimiting the protection of computer programs by copyright concerns the method adopted by it. Its distributive classification highlights the complex character of software creations: its adoption seems natural in that it leads to things being analysed for what they are. Yet the method's implementation proves to be tricky, mainly because, in addition to the complexity of the subject matter, there is a legislative gap: the "ordinary law" that the Court of Justice endeavours to construct has no textual basis. Not only the Court's legitimacy and competence to discover an "ordinary law of [European] copyright" may be questioned, but also the conceptual apparatus is being constructed as it goes along. The definition of the object of protection – the original work – is the result of induction, based on specific directives, which is criticisable in itself. And when a distinction has to be made between the newly discovered "ordinary law" and the specific law which served as its conceptual basis, by structuring them around a complex subject matter, the ground is unstable and some wavering is inevitable. The Court will doubtless have the opportunity to clarify or rectify certain classifications. Moreover, this is the current trend: in our view, the *BSA* judgment was a "first attempt" and, notwithstanding some uncertainty, the more recent decision in the *SAS* case is one that fixes a line of approach.

ser calificados de programas independientes, a condición de que respondan a la definición funcional del programa de ordenador.

CONCLUSION

La aportación principal del Tribunal de Justicia a la delimitación de la protección de los programas de ordenador reside en el método adoptado. La calificación distributiva permite tener en cuenta el carácter complejo de la creación informática: su adopción parece necesaria porque lleva a analizar las cosas por lo que son. Sin embargo, la aplicación del método resulta difícil, principalmente porque a la complejidad del objeto se añade una laguna legislativa: el "derecho común" que el Tribunal se esfuerza en construir no dispone de ninguna base textual. No solo pueden ponerse en tela de juicio la legitimidad y la competencia del Tribunal para construir un "derecho común del derecho de autor" europeo, sino que el aparato conceptual se construye también poco a poco. La definición del objeto de la protección, la obra original, ha sido realizada por inducción basada en directivas específicas, lo cual es criticable en sí mismo. Y cuando se trata de distinguir, articulándolos en un objeto complejo, el "derecho común" recién descubierto y el derecho específico que le ha servido como base conceptual, el terreno es inestable, y las vacilaciones ineluctables. El Tribunal tendrá sin duda oportunidades para precisar o rectificar algunas calificaciones. Es por otro lado el movimiento en el que se inscribe: la sentencia BSA *es, para nostros, un "ensayo", y la decisión* SAS*, más reciente, es a pesar de algunas incertidumbres, de las que fijan una línea directriz.*

condition de répondre à la définition fonctionnelle du programme d'ordinateur.

CONCLUSION

L'apport premier de la Cour de Justice à la délimitation de la protection des logiciels par le droit d'auteur tient à la méthode adoptée. La qualification distributive permet de rendre compte du caractère complexe de la création logicielle : son adoption paraît naturelle en ce qu'elle conduit à analyser les choses pour ce qu'elles sont. Pourtant, la mise en œuvre de la méthode s'avère malaisée, principalement parce qu'à la complexité de l'objet s'ajoute une lacune législative : le «droit commun» que la Cour de justice s'efforce de construire ne dispose d'aucun fondement textuel. Non seulement la légitimité et la compétence de la Cour pour découvrir un «droit commun du droit d'auteur» européen peuvent être questionnées, mais l'appareil conceptuel se construit également au fur et à mesure. La définition de l'objet de la protection, l'œuvre originale, a été réalisée par induction basée sur des directives spécifiques, ce qui est en soi critiquable. Et lorsqu'il s'agit de distinguer, en les articulant sur un objet complexe, le «droit commun» fraîchement découvert avec le droit spécifique qui lui a servi de base conceptuelle, le terrain est instable, les flottements inéluctables. La Cour aura sans doute l'occasion de venir préciser ou rectifier certaines qualifications. C'est d'ailleurs le mouvement dans lequel elle s'inscrit : l'arrêt *BSA* est, pour nous, un «coup d'essai», et la plus récente décision *SAS*, malgré quelques incertitudes, est de celles fixant une ligne directrice.

Indeed, the statement of principle concerning the non-appropriation of ideas in the *SAS* decision testifies to the Court's intention to show a true vision, because, although the Court has been reproached for the "absence of a clear direction" and "lack of a policy approach"[125] in the field of copyright, it is clear that, in the principle's implementation, while criticism can be expressed, the Grand Chamber wished to establish the starting point of a line of conduct through which to map out the protection's limits. We consider that the policy stated by it is destined to extend beyond the strict framework of copyright: the non-appropriation of ideas should be seen as a *general principle of law*[126].

Indeed, beyond the Court's decisions, it seems to us that the principle must be respected in the other branches of law. The theory of parasitic conduct or "free riding" must not interfere, in our view[127], with the principle stated by the special law that *generalia specialibus non derogant*. Patent law is also designed to respect the non-appropriation of the result as such and not to extend to overly abstract elements. Through its references to "technological progress" and "industrial development", the Court of Justice seems to anticipate its competence in this field. Therefore, it is not certain that, if competence is granted to the Court by the proposal for a European Patent Court, the vision expressed in Luxembourg will converge with the doctrine developed over the last twenty-five years at the European Patent Office in Munich concerning "computer-implemented inventions"… Yet such competence is essential, in our view, because it would be good for the unity and coherence[128] of the protection

En efecto, la afirmación del principio de no apropiación de las ideas, en la sentencia SAS, *marca la voluntad del Tribunal de mostrar una verdadera visión. Pues si en el campo del derecho de autor se le han podido reprochar una "falta de dirección clara" y un "defecto de enfoque político"*[125]*, en la aplicación del principio, aunque se puedan formular críticas, está claro que la Gran Sala ha querido marcar el punto de partida de una línea de conducta que permita trazar los límites de la protección. Y nos parece que la poítica así afirmada está destinada a desbordar del marco estricto del derecho de autor: la no apropiación de las ideas debe ser vista como un* principio general del derecho[126].

Por encima de las decisiones del Tribunal, nos parece en efecto que el principio debe ser respetado para las demás ramas del derecho. La teoría de las actuaciones parásitas no debe a nuestro parecer[127] *interferir con el principio afirmado por el derecho especial:* Generalia specialibus non derogant. *El derecho de patentes está también pensado para respetar la no apropiación del resultado mismo y no extenderse a elementos demasiado abstractos. Y el Tribunal de Justicia, con la fórmula empleada que evoca el "progreso técnico" y el "desarrollo industrial", parece anticipar su competencia en la materia. No es pues seguro que si el proyecto de jurisdicción europea de patentes le atribuye una competencia, la visión desarrollada en Luxemburgo converja con la doctrina desarrollada desde hace veinticinco años en la Oficina Europea de Patentes de Munich relativa a los "inventos puestos en práctica por ordenador"… siendo que tal competencia nos parece sin embargo esencial, ya que disponer*

En effet, l'affirmation du principe de non-appropriation des idées, dans la décision *SAS*, marque la volonté de la Cour de faire montre d'une véritable vision. Car si dans le domaine du droit d'auteur, une «absence de direction claire» et un «défaut d'approche politique»[125] ont pu lui être reprochés, dans la mise en œuvre du principe, bien que des critiques puissent être émises, il est clair que la Grande chambre a entendu établir le point de départ d'une ligne de conduite permettant de tracer les limites de la protection. Et il nous semble que la politique ainsi affirmée est destinée à déborder le cadre strict du droit d'auteur: la non-appropriation des idées doit être vue comme un *principe général du droit*[126].

Au-delà des décisions de la Cour, il nous apparaît en effet que le principe doit être respecté par les autres branches du droit. La théorie des agissements parasitaires ne doit pas à notre avis[127] interférer avec le principe affirmé par le droit spécial: *Generalia specialibus non derogant*. Le droit des brevets est également conçu pour respecter la non-appropriation du résultat lui-même et ne pas s'étendre à des éléments trop abstraits. Et la Cour de Justice, par la formule employée visant le «progrès technique» et le «développement industriel», semble anticiper sa compétence en la matière. Il n'est donc pas certain que si une compétence lui est octroyée par le projet de juridiction européenne des brevets, la vision déployée à Luxembourg converge avec la doctrine développée depuis vingt-cinq ans à l'Office Européen des Brevets de Munich à propos des «inventions mises en œuvre par ordinateur»… Alors qu'une telle compétence nous semble pourtant essentielle: car disposer d'un interprète unique en dernier ressort dans des

of computer software in Europe and for the legal certainty of the players in the sector to have a single interpreter of last resort in areas that tend to overlap.

(English translation by Margaret PLATT-HOMMEL)

NOTES

1. M. Vivant, "Le logiciel au pays des Merveilles", *JCP* 1985, II, 3208.

2. M. Vivant, "Le programme d'ordinateur au Pays des Muses - Observations sur la directive du 14 mai 1991", *JCP E* 1991, 47, Study, 94.

3. CJEU, 16 July 2009, case C-5/08*, Infopaq International*, [2009] ECR I-6569, *Com. com. électr.* 2009, comm. 97, note C. Caron; *JCP G* 2009, 272, note L. Marino; *Propr. intell.* 2009, no. 33, p. 379, note V.-L. Benabou; *WIPO Journal* 2010, 1(2), p. 197, S. Vousden; *EIPR* 2010, 32(5), p. 247.

4. For an in-depth analysis, see S. Carre, "Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne", in *La contribution de la jurisprudence européenne à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, *LexisNexis-Litec*, to be published in the CEIPI collection.

5. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes", *Propr. intell.* 2012, 43, p. 140.

6. The newsletter published by the Gilles Vercken law office, "Six mois de jurisprudence de la CJUE – Droit d'auteur – Droits voisins", Jan.-June 2012, lists eleven decisions in six months.

7. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes", article *supra*, p. 143 *et seq*.

8. *Ibid*, at p. 146.

9. S. Carre, "Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne", article *supra*. However, it is true that the argument drawn from the twentieth recital in the preamble to Directive 2001/29/EC may be persuasive: "This Directive is based on principles

de un intérprete único de último recurso en materias que tienden a solaparse sería saludable para la unidad y la coherencia[128] de la protección de los programas de ordenador en Europa y la seguridad jurídica de los actores del sector.

(Traducción española de Antonio MUÑOZ)

NOTAS

1. M. Vivant, "Le logiciel au pays des Merveilles", JCP *1985, II, 3208.*

2. M. Vivant, "Le programme d'ordinateur au Pays des Muses . – Observations sur la directive du 14 mai 1991", JCP E *1991, 47, Étude, 94.*

3. TJUE, 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq International, Rec.*, 2009, I-06569,* Com. com. électr. *2009, com. 97, nota C. Caron;* JCP G *2009, 272, nota L. Marino;* Propr. intell. *2009, n° 33, p. 379, nota V.-L. Benabou ;* WIPO Journal *2010, 1(2), p. 197, S. Vousden;* EIPR *2010, 32(5), p. 247.*

4. Para un análisis en profundidad, ver: S. Carre, "Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne", in La contribution de la jurisprudence européenne à la construction de la propriété intellectuelle en Europe, LexisNexis-Litec*, a publicar en la colección del CEIPI.*

5. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes", Propriétés Intellectuelles *2012, 43, p. 140.*

6. La carta de información del despacho Gilles Vercken, "Six mois de jurisprudence de la CJUE – Droit d'auteur – Droits voisins", enero-junio de 2012, recoge once decisiones en seis meses.

7. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes", op. cit.*, p. 143 y s.*

8. Idem*, especialmente p. 146.*

9. S. Carre, "Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne", op. cit. *Es cierto sin embargo que el argumento sacado del vigésimo considerando de la directiva 2001/29/CE puede convencer: "La presente directiva se basa en principios y reglas ya*

matières qui tendent à se chevaucher serait salutaire pour l'unité et la cohérence[128] de la protection des logiciels en Europe et la sécurité juridique des acteurs du secteur.

NOTES

1. M. Vivant, «Le logiciel au pays des Merveilles», *JCP* 1985, II, 3208.

2. M. Vivant, «Le programme d'ordinateur au Pays des Muses. – Observations sur la directive du 14 mai 1991», *JCP E* 1991, 47, Étude, 94.

3. CJUE, 16 juillet 2009, *C-5/08, Infopaq International*, *Rec.*, 2009, I-06569, *Com. com. électr.* 2009, comm. 97, note C. Caron ; *JCP G* 2009, 272, note L. Marino ; *Propr. intell.* 2009, n°33, p. 379, note V.-L. Benabou ; *WIPO Journal* 2010, 1 (2), p. 197, S. Vousden ; *EIPR* 2010, 32 (5), p. 247.

4. Pour une analyse approfondie, v. : S. Carre, «Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne», *in La contribution de la jurisprudence européenne à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, *LexisNexis-Litec*, à paraître dans la collection du CEIPI.

5. V.-L. Benabou, «Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes», *Propriétés Intellectuelles* 2012, 43, p. 140.

6. La lettre d'information du cabinet Gilles Vercken, «Six mois de jurisprudence de la CJUE – Droit d'auteur – Droits voisins», janv.- juin 2012, recense onze décisions en six mois.

7. V.-L. Benabou, «Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes», art. préc., p. 143 et s.

8. *Ibid.*, spéc. p. 146.

9. S. Carre, «Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne», art. préc. Il est vrai toutefois que l'argument tiré du vingtième considérant de la directive 2001/29/CE peut convaincre : «La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en

and rules already laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directives 91/250/EEC(5), 92/100/EEC(6), 93/83/EEC(7), 93/98/EEC(8) and 96/9/EC(9), and it develops those principles and rules and places them in the context of the information society." (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJEC*, 22 June 2001).

10. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, *Propr. intell.*, 2011, 39, p. 205, note V.-L. Benabou; *Com. com. électr.* 2011, 5, comm. 42, comm. C. Caron; *RLDI* 2011, 70, Éclairage 2294, note H. Bitan; *Prop. ind.* 2011, 4, comm. 37, note J. Larrieu; *RDTI* 2011, no. 43, p. 51, note E. Derclaye; *RIDA* 2011, no. 227, chron. P. Sirinelli; *Computer and Telecommunications Law Review* 2011, 17(3), p. 70, L.J. Smith; CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *RLDI*, 2012, 83, p. 6, note C. Castets-Renard; *Prop. ind.* 2012, 7-8, comm. 61, note N. Bouche; *EDPI* no. 7, 108, obs. C. Bernault; *JCP E* 2012 no. 31, 1489, chron. by M. Vivant, N. Mallet-Poujol and J.-M. Bruguière; *Gaz. Pal.* 215, p. 11, chron. L. Marino; *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, note D. Gervais and E. Derclaye; *Expertises* July 2012, p. 260, note M. Razavi.

11. Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, codified by Directive 2009/24/EC of 23 April 2009, *OJEC*, 17 May 1991.

12. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, cited *supra*.

13. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, cited *supra*.

14. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, cited *supra*.

15. See, for example, J. Berr-Gabel and R. Chemain, "La décompilation des logiciels: l'industrie européenne face au droit d'auteur", *RTD Eur.* 1991, p. 364.

16. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA, supra*, paragraph 51: "... a graphic user interface is not a form of expression of that program within the meaning of Article 1(2) of Directive 91/250 and thus is not protected by copyright as a computer program under that directive. Nevertheless, such an interface can be protected by copyright as a work by Directive 2001/29 if that interface is its author's own intellectual creation."

establecidos por las directivas vigentes en ese campo, en particular las directivas 91/250/CEE (5), 92/100/CEE (6), 93/83/CEE (7), 93/98/CEE (8) y 96/9/CE (9). Desarrolla esos principios y reglas y los integra en la perspectiva de la sociedad de la información" (Directiva n°2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información, JOCE, *22 de junio de 2001).*

10. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace, Propriétés Intellectuelles*, 2011, 39, p. 205, nota V.-L. Benabou,* Com. com. électr. *2011, 5, com. 42, com. C. Caron;* RLDI *2011, 70, Éclairage 2294, nota H. Bitan;* Prop. ind. *2011, 4, com. 37, nota J. Larrieu;* RDTI *2011, n° 43, p.51, nota E. Derclaye;* RIDA *2011, n° 227, crónica P. Sirinelli;* Computer and Telecommunications Law Review *2011, 17(3), p. 70, L. J. Smith; TJUE, 2 de mayo de 2012,* C-406/10, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, RLDI, *2012, 83, p. 6, nota C. Castets-Renard,* Prop. ind. *2012, 7-8, com. 61, nota N. Bouche;* EDPI *n° 7, 108, obs. C. Bernault;* JCP E *2012 n° 31, 1489, crónica por M. Vivant, N. Mallet-Poujol y J.-M. Bruguière;* Gaz. Pal. *215, p. 11, crónica L. Marino;* EIPR *2012, 34(8), p. 565, nota D. Gervais y E. Derclaye;* Expertises *julio de 2012, p. 260, nota M. Razavi.*

11. Directiva del 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, codificada por la directiva 2009/24/CE del 23 de abril de 2009, JOCE, *17 de mayo de 1991.*

12. Directiva n° 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información, antes citada.

13. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit..

14. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit..

15. V. p. ej.: J. Berr-Gabel y R. Chemain, «La décompilation des logiciels: l'industrie européenne face au droit d'auteur», RTD Eur. *1991, p. 364.*

16. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit.*, punto 51 : "... la interfaz gráfica de usuario no constituye una forma de expresión de un programa de ordenador en el sentido del artículo 1°, párrafo 2, de la directiva 91/250 y no puede beneficiar de la protección por el derecho de autor de los programas de ordenador en virtud de esta directiva. Sin embargo, tal interfaz puede beneficiar de la protección por el derecho de autor como obra, en virtud de la directiva 2001/29, si esa interfaz constituye una creación intelectual propia de su autor."*

vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE (5), 92/100/CEE (6), 93/83/CEE (7), 93/98/CEE (8) et 96/9/CE (9). Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. » (Directive n°2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE*, 22 juin 2001).

10. CJUE, 22 déc. 2010, *C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace*, *Propriétés Intellectuelles*, 2011, 39, p. 205, note V.-L. Benabou, *com. com. électr.* 2011, 5, comm. 42, comm. C. Caron ; *RLDI* 2011, 70, Éclairage 2294, note H. Bitan ; *Prop. ind.* 2011, 4, comm. 37, note J. Larrieu ; *RDTI* 2011, n°43, p.51, note E. Derclaye ; *RIDA* 2011, n°227, chron. P. Sirinelli ; *Computer and Telecommunications Law Review* 2011, 17 (3), p.70, L. J. Smith ; CJUE, 2 mai 2012, *C-406/10, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *RLDI*, 2012, 83, p. 6, note C. Castets-Renard, *Prop. ind.* 2012, 7-8, comm. 61, note N. Bouche ; *EDPI* n°7, 108, obs. C. Bernault ; *JCP E* 2012 n°31, 1489, chron. par M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; *Gaz. Pal.* 215, p. 11, chron. L. Marino ; *EIPR* 2012, 34 (8), p. 565, note D. Gervais et E. Derclaye ; *Expertises* juill. 2012, p. 260, note M. Razavi.

11. Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, *JOCE*, 17 mai 1991.

12. Directive n°2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, préc..

13. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc.

14. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc.

15. V. p. ex. : J. Berr-Gabel et R. Chemain, «La décompilation des logiciels : l'industrie européenne face au droit d'auteur», *RTD Eur.* 1991, p. 364.

16. *CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, BSA,* préc., point 51 : « ...l'interface utilisateur graphique ne constitue pas une forme d'expression d'un programme d'ordinateur au sens de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250 et [qu']elle ne peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur en vertu de cette directive. Toutefois, une telle interface peut bénéficier de la protection par le droit d'auteur en tant qu'œuvre, en vertu de la directive 2001/29, si cette interface constitue une création intellectuelle propre à son auteur. »

17. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 46: "… Article 1(2) of Directive 91/250 must be interpreted as meaning that neither the functionality of a computer program nor the programming language and the format of data files used in a computer program in order to exploit certain of its functions constitute a form of expression of that program and, as such, are not protected by copyright in computer programs for the purposes of that directive."

18. *Ibid*, paragraph 62. We shall not specifically address this question in this study, preferring to focus on the subject matter protected by copyright within computer software.

19. *Ibid*, paragraph 70. It can be noted that, for the most part, the British court which referred the question for a preliminary ruling had taken a stand along the lines adopted by the Court of Justice: High Court of Justice (Chancery Division), 23 July 2010, *SAS Institute Inc. vs. World Programming Limited*, 2010, EWHC 1829 (Ch), §332.

20. CJEU, 4 Oct. 2011, *Premier League*, *Propr. intell.*, 2012, 42, p. 51, note V.-L. Benabou, *Com. com. électr.* 2011, 12, com. 111 by C. Caron; *Gaz. Pal.* 2012, no. 47, p. 14, note L. Marino, paragraph 209, giving general scope to Directive 2001/29: "It should be recalled that the directive on satellite broadcasting introduces only minimal harmonisation of certain aspects of the protection of copyright and related rights in the event of communication to the public by satellite or cable retransmission of broadcasts originating from other Member States. Unlike the copyright directive, these minimal harmonisation rules do not provide elements to determine the lawfulness of acts of reproduction performed in the memory of a satellite decoder and on a television screen".

21. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 44.

22. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes", article *supra*, at p. 152: "While it is very understandable that the Court should wish to give copyright a spine based on that directive, not least in order to be able to evolve general solutions which would hold as principles, the fact nevertheless remains that this approach is liable to run counter to the logic of the convergent interpretation of concepts of the *acquis* developed elsewhere."

17. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit., *punto 46 : "… el artículo 1), párrafo 2, de la directiva 91/250 debe ser interpretado en el sentido de que ni la funcionalidad de un programa de ordenador, ni el lenguaje de programación y el formato de los archivos de datos utilizados en el marco de un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y no están, a ese título, protegidos por el derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esta directiva".*

18. Idem, *punto 62. No abordaremos específicamente esta cuestión en el presente estudio, prefiriendo concentrarnos en los objetos protegidos por el derecho de autor en el marco de un programa de ordenador.*

19. Idem, *punto 70. Se puede observar que, en lo esencial, el juez británico en origen de la cuestión prejudicial se había pronunciado en el sentido aprobado por el TJUE : High Court of Justice (Chancery Division), 23 de julio de 2010,* SAS Institute Inc. vs. World Programming Limited, *2010, EWHC 1829 (Ch), § 332.*

20. TJUE, 4 de octubre de 2011, Premier League, Propriétés Intellectuelles, *2012, 42, p. 51, nota V.-L. Benabou,* Com. com. électr. *2011, 12, com. 111 por C. Caron;* Gaz. Pal. *2012, n°47, p.14, nota L. Marino, punto 209, que da un alcance general a la directiva 2001/29 : "hay que recordar que la directiva sobre la radiodifusión vía satélite no prevé más que una armonización mínima de determinados aspectos de la protección de los derechos de autor y de los derechos afines en caso de comunicación al público vía satélite o de retransmisión por cable de emisiones procedentes de otros Estados miembros. Pero a diferencia de la directiva sobre el derecho de autor, esas reglas de armonización mínima no dan elementos para determinar la licitud de los actos de reproducción efectuados en la memoria de un descodificador de la señal procedente de un satélite o en una pantalla de televisión".*

21. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 44.*

22. V.-L. Benabou, «Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes», op. cit., *especialmente p. 152 : "Aunque se entiende muy bien el deseo del Tribunal de dotar al derecho de autor de una columna vertebral a partir de esta directiva con objeto en particular de poder dibujar soluciones generales que serían en principio válidas, no deja de ser cierto que este enfoque es susceptible de contrariar la lógica de lectura convergente de las nociones del acervo jurídico comunitario desarrollada por otro lado."*

17. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 46 : «… l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250 doit être interprété en ce sens que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur ni le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions ne constituent une forme d'expression de ce programme et ne sont, à ce titre, protégés par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur au sens de cette directive».

18. *Ibid.*, point 62. Nous n'aborderons pas spécifiquement cette question dans la présente étude, préférant nous concentrer sur les objets protégés par le droit d'auteur au sein d'un logiciel.

19. *Ibid.*, point 70. On peut remarquer que, pour l'essentiel, le juge britannique à l'origine de la question préjudicielle s'était prononcé dans le sens retenu par la CJUE : High Court of Justice (Chancery Division), 23 juillet 2010, *SAS Institute Inc. vs. World Programming Limited*, 2010, EWHC 1829 (Ch), § 332.

20. CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, *Propriétés Intellectuelles*, 2012, 42, p. 51, note V.-L. Benabou, *Com. com. électr.* 2011, 12, com. 111 par C. Caron ; *Gaz. Pal.* 2012, n°47, p.14, note L. Marino, point 209, donnant une portée générale à la directive 2001/29 : «il y a lieu de rappeler que la directive sur la radiodiffusion satellitaire ne prévoit qu'une harmonisation minimale de certains aspects de la protection des droits d'auteur et des droits voisins en cas de communication au public par satellite ou de retransmission par câble d'émissions provenant d'autres États membres. Or, à la différence de la directive sur le droit d'auteur, ces règles d'harmonisation minimale ne fournissent pas d'éléments pour déterminer la licéité des actes de reproduction effectués dans la mémoire d'un décodeur satellitaire et sur un écran de télévision».

21. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 44.

22. V.-L. Benabou, «Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes», art. préc., spéc. p. 152 : «Si l'on comprend fort bien l'envie de la Cour de doter le droit d'auteur d'une colonne vertébrale à partir de cette directive afin notamment de pouvoir dégager des solutions générales qui vaudraient en principe, il n'en demeure pas moins que cette approche est susceptible de contrarier la logique de lecture convergente des notions de l'acquis développée par ailleurs.»

23. CJEU, case C-128/11, 3 July 2012, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, *EDPI*, 2012, 8, p. 1, note A. Lucas. The judgment concerns the contractual use and exhaustion of rights in a computer program and while that is not the direct subject of our study, it should nevertheless be observed that the decision is, at least potentially, quite revolutionary in this field.

24. *Ibid*, paragraph 56 (emphasis added).

25. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraphs 44-46.

26. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 45.

27. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, paragraph 68 *et seq*., at paragraphs 75-76.

28. The Advocate General's Opinion was more satisfactory, in particular because the reasoning sought to relate the question to the provisions of Article 6 of Directive 91/250 dealing with decompilation (*ibid*, paragraph 77 *et seq*.). Based on copyright as traditionally understood, it is true that the way in which data are organised could reveal the author's own intellectual creation, by analogy with the approach concerning databases. Moreover, it becomes tricky to implement the exception, which appears in the special law, if the possibility of protecting the format of data files under Directive 2001/29 is considered. The Court evades these questions because it notes in this case that WPL "did not carry out any decompilation of the object code of that program" (paragraph 44).

29. "A video game is a complex work which cannot be reduced to its sole computer program dimension, whatever the latter's significance, with the result that each of its components is subject to the regime that is applicable to it based on its nature": Cass. 1st Civ., 25 June 2009, *Cryo and Jean-Martial L. v. SESAM, SACEM and SDRM*, *RLDI*, 2009, 52, special issue "jeu vidéo et multimédia", p. 87 *et seq*., *RTD Com.* 2010, p. 319, note P. Gaudrat; *RIDA* July 2009, no. 221, p. 508 and p. 304, obs. P. Sirinelli; *JCP* 2009, 328, obs. E. Treppoz. On the debate between the unitary method and the distributive method of classification concerning multimedia creations, see F. Macrez, *Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles? – Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis Litec, CEIPI coll., Paris, 2011, no. 227 *et seq*., and the cited references.

30. V.-L. Benabou, note, cited *supra*, under the *Infopaq* decision.

23. TJUE, C-128/11, 3 de julio de 2012, UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp., EDPI*, 2012, 8, p. 1, nota A. Lucas. La sentencia concierne la explotación contractual y el agotamiento de los derechos sobre un programa de ordenador, que no es el objeto del presente estudio. Hay que recordar sin embargo que esta decisión es, al menos potencialmente, totalmente revolucionaria en la materia.*

24. Idem*, punto 56 (subrayado por nosotros).*

25. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit.*, puntos 44-46.*

26. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit.*, punto 45.*

27. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, puntos 68 y s., especialmente 75-76.*

*28. Las conclusiones del Fiscal general eran más satisfactorias en particular puesto que el razonamiento hecho tendía hacia la articulación con las disposiciones del artículo 6 de la directiva 1991/250 relativas a la descompilación (*idem, *puntos 77 y s.). En el terreno del derecho de autor entendido clásicamente, es cierto que la manera en que se han organizado los datos podría permitir encontrar allí una creación intelectual propia del autor, por analogía con lo que se concibe para las bases de datos. Por otro lado, considerar la posibilidad de protección del formato de archivo a título de la directiva de 2001 hace que sea delicada la aplicación de dicha excepción, que figura en el texto especial. Estas cuestiones son eludidas por el Tribunal, ya que en este caso él observa que WPL "no ha realizado la descompilación del código objeto de ese programa" (punto 44).*

29. "Un juego video es una obra compleja que no puede ser reducida a solo su dimensión informática, por importante que esta sea, de forma que cada uno de sus componentes está sometido al régimen que le es aplicable en función de su índole": Supremo 1ª civil, 25 de junio de 2009, Cryo y Jean-Martial L. c/ SESAM, SACEM y SDRM, RLDI, *2009, 52, n° especial "juego video y multimedia", p. 87 y s.,* RTD Com. *2010, p. 319, nota P. Gaudrat;* RIDA *julio de 2009, n° 221, p. 508 y 304, obs. P. Sirinelli;* JCP *2009, 328, obs. E. Treppoz. Sobre el debate, en materia de creaciones multimedia, entre método unitario y método distributivo de calificación, ver F. Macrez,* Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, col. «CEIPI», París, 2011, n° 227 y s., y las referencias citadas.*

30. V.-L. Benabou, nota antes citada bajo la sentencia Infopaq.

23. CJUE, C-128/11, 3 juill. 2012, *UsedSoft GmbH c/Oracle International Corp.*, *EDPI*, 2012, 8, p. 1, note A. Lucas. L'arrêt concerne l'exploitation contractuelle et l'épuisement des droits sur un logiciel, qui n'est pas l'objet direct de la présente étude. Il faut néanmoins remarquer que cette décision est, au moins potentiellement, tout à fait révolutionnaire en la matière.

24. *Ibid.*, point 56 (nous soulignons).

25. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., points 44-46.

26. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 45.

27. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, points 68 et s., spéc. 75-76.

28. Les conclusions de l'Avocat général étaient plus satisfaisantes en particulier car le raisonnement mené tendait à l'articulation avec les dispositions de l'article 6 de la directive 1991/250 relatives à la décompilation (*ibid.*, points 77 et s.). Sur le terrain du droit d'auteur classiquement entendu, il est vrai que la manière dont sont organisées des données pourrait permettre d'y déceler une création intellectuelle propre à l'auteur, par analogie avec ce qui se conçoit à propos des bases de données. Par ailleurs, envisager la possibilité de protection du format de fichiers au titre de la directive de 2001 rend délicate la mise en œuvre de ladite exception, figurant dans le texte spécial. Ces questionnements sont éludés par la Cour, car en l'espèce elle relève que WPL «n'a pas réalisé de décompilation du code objet de ce programme» (point 44).

29. «Un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature»: Cass. 1ère civ., 25 juin 2009, *Cryo et Jean-Martial L. c/SESAM, SACEM et SDRM*, *RLDI*, 2009, 52, n° spécial «jeu vidéo et multimédia», pp.87 et s., *RTD Com.* 2010, p.319, note P. Gaudrat; *RIDA* juill. 2009, n°221, p.509 et 305, obs. P. Sirinelli; *JCP* 2009, 328, obs. E. Treppoz. Sur le débat, en matière de créations multimédias, entre méthode unitaire et méthode distributive de qualification, v. F. Macrez, *Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. «CEIPI», Paris, 2011, n°227 et s., et les références citées.

30. V.-L. Benabou, note préc. sous la décision *Infopaq*.

31. CJEU, 16 July 2009, case C-5/08, *Infopaq International*, *supra*, paragraphs 38 and 39; the rationale is repeated in the judgment in the *Premier league* case: CJEU, 4 Oct. 2011, *Premier League*, cited *supra*, paragraph 156.

32. Unless it is enough to prove that the extract in question "shares" the originality of the work from which it is drawn (see, raising the question, V.-L. Benabou, note *supra*, p. 381).

33. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 51 (emphasis added).

34. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 46 (emphasis added).

35. *Ibid*, paragraph 42 (concerning programming languages and formats of data files).

36. CJEU, 16 July 2009, case C-5/08, *Infopaq International*, cited *supra*; also: CJEU, case C-604/10, 1 March 2012, *Football Dataco and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others*, *Com. com. électr.*, 2012, 5, p. 26, note C. Caron; *Gaz. Pal.* 2012, no. 214-125, p. 11, note L. Marino; *RLDI* 2012, 82, p. 6, note C. Castets-Renard; *Europe* 2012, 5, p. 46, note L. Idot; *RIDA* 2012, April 2012, no. 232, chron. P. Sirinelli; *EIPR* 2011, 33(5), p. 324, com. R. Montagnon and M. Shillito.

37. Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, codified by Directive 2009/24/EC of 23 April 2009, cited *supra*.

38. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJEC*, 27 March 1996, L 77.

39. Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights, *OJEC*, L 372, p. 12.

40. V.-L. Benabou, note under CJEU, 16 July 2009, cited *supra*, at p. 380 (viewing the "terminological shift [as] inappropriate"). *Contra*: C. Caron, note *supra*. ("The result is to establish the French concept of originality, theorised by Desbois, in European law"; and later "this European conception of originality in literary works closely resembles the one prevailing in French law"). Compare, noting – doubtless correctly – that the trend in French case law towards a more objective approach pre-existed the Court of Justice's proactive intervention, C. Castets-Renard, "L'originalité en droit d'auteur européen: la CJUE creuse le sillon", *RLDI* 2012, 82, p. 6. Also compare, in the UK, E. Derclaye, "Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law", *EIPR* 2010, 32(5), p. 247 ("*By clearly adopting the criterion of creativity, the ECJ's ruling changes the current criterion of sufficient skill, judgement, labour and capital that still applied to all works except databases and computer programs*").

31. TJUE, 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq International, op. cit., *puntos n° 38 y 39; razonamiento reiterado en la sentencia* Premier league*: TJUE, 4 de octubre de 2011,* Premier League, op. cit., *punto n° 156.*

32. A menos que baste con probar que el fragmento en cuestión "participa" en la originalidad de la obra de la que está sacado (ver, interrogativa, V.-L. Benabou, nota antes citada, p. 381).

33. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 51 (subrayado por nosotros).*

34. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit., *punto 46 (subrayado por nosotros).*

35. Idem, *punto 42 (a propósito de los lenguajes de programación y de los formatos de archivo).*

36. TJUE, 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq International, op. cit.*; también: TJUE, C-604/10, 1 de marzo de 2012,* Football Dataco *et al.* contre Yahoo! UK Ltd *et al.*, Com. com. électr., *2012, 5, p. 26, nota C. Caron,* Gaz. Pal. *2012, n° 214-125, p. 11, nota L. Marino;* RLDI *2012, 82, p. 6, nota C. Castets-Renard;* Europe *2012, 5, p. 46, nota L. Idot;* RIDA *2012, abril de 2012, n° 232, crónica P. Sirinelli;* EIPR *2011, 33(5), p. 324, com. R. Montagnon y M. Shillito*

37. Directiva del 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, codificada por la directiva 2009/24/CE del 23 de abril de 2009, antes citada.

38. Directiva n° 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo sobre la protección jurídica de las bases de datos, JOCE, *27 de marzo de 1996, L77.*

39. Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, sobre el plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, JOCE, *L 372, p. 12.*

40. V.-L. Benabou, nota bajo TJCE 16 de julio de 2009, op. cit., *especialmente p. 380 (que juzga el "deslizamiento terminológico [...] inoportuno"). Contra: C. Caron, nota antes citada ("Se trata de la consagración, en derecho comunitario, de la noción francesa de originalidad, teorizada por Desbois"; y más adelante: "esta concepción comunitaria de la originalidad en las obras literarias se parece, hasta el extremo de confundirnos, a la que prevalece en derecho francés"). Comparar, observando sin duda con razón que la tendencia a la objetivación era preexistente, en la jurisprudencia francesa, a la intervención voluntarista del Tribunal de Justicia: C. Castets-Renard, "L'originalité en droit d'auteur européen : la CJUE creuse le sillon",* RLDI *2012, 82, p. 6. Comparar también, en Inglaterra: E. Derclaye, "Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law",* EIPR *2010, 32(5), p. 247 ("*By clearly adopting the criterion of creativity, the ECJ's ruling changes

31. CJUE, 16 juill. 2009, *C-5/08, Infopaq International*, préc., points n°38 et 39 ; raisonnement réitéré dans l'arrêt *Premier league* : CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc., point n°156.

32. À moins qu'il suffise de prouver que l'extrait en question «participe» à l'originalité de l'œuvre dont il est extrait (v., interrogative, V.-L. Benabou, note préc., p. 381).

33. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 51 (nous soulignons).

34. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 46 (nous soulignons).

35. *Ibid*., point 42 (à propos des langages de programmation et des formats de fichiers).

36. CJUE, 16 juill. 2009, *C-5/08, Infopaq International*, préc. ; *adde* : CJUE, C-604/10, 1er mars 2012, *Football Dataco et autres contre Yahoo ! UK Ltd et autres, Com. com. électr.*, 2012, 5, p. 26, note C. Caron, *Gaz. Pal.* 2012, n°214-125, p.11, note L. Marino ; *RLDI* 2012, 82, p.6, note C. Castets-Renard ; *Europe* 2012, 5, p.46, note L. Idot ; *RIDA* 2012, avr. 2012, n°232, chron. P. Sirinelli ; *EIPR* 2011, 33 (5), p.324, com. R. Montagnon et M. Shillito

37. Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, préc.

38. Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, 27 mars 1996, L77.

39. Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *JOCE*, L 372, p. 12.

40. V.-L. Benabou, note sous CJCE 16 juill. 2009, préc., spéc. p. 380 (jugeant le «glissement terminologique [...] inopportun»). *Contra* : C. Caron, note préc. («Il s'agit de la consécration, en droit communautaire, de la notion française d'originalité, théorisée par Desbois» ; et plus loin : «cette conception communautaire de l'originalité dans les œuvres littéraires ressemble, à s'y méprendre, à celle qui prévaut en droit français»). Comp., relevant sans doute à juste titre que la tendance à l'objectivation était, dans la jurisprudence française, préexistante à l'intervention volontariste de la Cour de Justice : C. Castets-Renard, «L'originalité en droit d'auteur européen : la CJUE creuse le sillon», *RLDI* 2012, 82, p. 6. Comp. encore, en Angleterre : E. Derclaye, «Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08) : wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law», *EIPR* 2010, 32 (5), p. 247 («*By clearly adopting the criterion of creativity, the ECJ's ruling changes the current criterion of sufficient skill, judgement, labour and capital that still applied to all works except databases and computer programs*»).

41. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, no. 85.

42. CJEU, 16 July 2009, case C-5/08, *Infopaq International*, *supra*, paragraph 45.

43. Cass. Plenary, 7 March 1986, *Babolat v. Pachot*, *JCP éd. E*, 1986, II, 14713, note J. M. Mousseron, B. Teyssié and M. Vivant; *RIDA* July 1986, no. 129, p. 136, note A. Lucas; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

44. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 67.

45. *Ibid*, paragraph 45; CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraphs 44-46.

46. See "*Generalia specialibus non derogant*" in H. Roland and L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 1999, p. 296 *et seq.*, pointing out that the significance of this rule of interpretation "is not as trenchant as *Specialia generalibus derogant*: the special law *is bound to* derogate from the general law, within the scope of the derogation that it creates; by contrast, the general law does not *necessarily* lead to the disappearance of a special law. Therefore, it is a question of particular cases and the maxim will apply to the extent that it may reflect the legislator's intention".

47. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 55.

48. *Ibid*, paragraph 57.

49. V.-L. Benabou, obs. *supra*.

50. E. Derclaye, "L'arrêt Softwarová : une révolution en droit d'auteur ou une 'erreur de jugement'?", *RDTI* 2011, 43, p. 59.

51. Terms which we regarded as synonymous until now and which should be treated as different here.

52. Order of 22 December 1981 on the enrichment of the French language, *Journal Officiel*, 17 Jan. 1982: the term "logiciel" is defined as "the set of programs, procedures and rules, and possibly documentation, relating to the operation of a data processing system".

53. See, for example, M. Vivant, "Logiciel 94: tout un programme?", *JCP éd. G* 1994, I 3792, no. 6.

54. A. Lucas, "Objet du droit d'auteur - Œuvres protégées. Logiciels", *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 24 Sept. 2008, fasc. 1160, no. 28.

55. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 70: "the reproduction, in a computer program or a user manual for that program, of certain elements described in the user

the current criterion of sufficient skill, judgement, labour and capital that still applied to all works except databases and computer programs*")*.

41. A. Lucas, Droit d'auteur et numérique, *Litec, París, 1998, n° 85.*

42. TJUE, 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq International, op. cit., *punto n° 45.*

43. Supremo A.P., 7 de marzo de 1986, Babolat c/Pachot, JCP éd. E, *1986, II, 14713, nota J. M. Mousseron, B. Teyssié y M. Vivant,* RIDA *julio de 1986, n° 129, p. 136, nota A. Lucas ;* RTD com. *1986, p. 399, obs. A. Françon.*

44. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit., *punto 67.*

45. Idem *punto 45 ; TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09,* BSA, op. cit., *puntos 44-46.*

46. Ver «Generalia specialibus non derogant» in *H. Roland y L. Boyer,* Adages du droit français, *Litec, París, 1999, p. 296 y s., que precisan que esta regla de interpretación "no tiene un alcance tan tajante como* Specialia generalibus derogant*: la ley especial deroga* con seguridad, *en la medida del campo derogatorio que crea, a la ley general; al contrario, la ley general no implica* forzosamente *la desaparición de una ley especial. Se trata pues de caso particular y el adagio valdrá en la medida en que pueda corresponder a la intención del legislador."*

47. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 55.*

48. Idem, *punto 57.*

49. V.-L. Benabou, obs. antes citada.

50. E. Derclaye, "L'arrêt Softwarová: une révolution en droit d'auteur ou une 'erreur de jugement'?", RDTI *2011, 43, p. 59.*

51. Que hasta ahora no hemos considerado sinónimos, y que conviene distinguir aquí.

52. Decreto del 22 de diciembre de 1981 sobre el enriquecimiento de la lengua francesa, Journal Officiel *17 de enero de 1982 : el "logiciel" (soporte lógico) se define como "el conjunto de programas, procedimientos y reglas, y eventualmente documentación, relativos al funcionamiento de un conjunto de procesamiento de datos".*

53. Ver, p. ej.: M. Vivant, "Logiciel 94: tout un programme?", JCP éd. G *1994, I 3792, n° 6.*

54. A. Lucas, "Objet du droit d'auteur - Oeuvres protégées. Logiciel", J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, *24 de septiembre de 2008, fasc. 1160, n° 28.*

55. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit., *punto 70 : la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de determinados*

41. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, n°85.

42. CJUE, 16 juill. 2009, *C-5/08, Infopaq International*, préc., point n°45.

43. Cass. A.P., 7 mars 1986, *Babolat c/Pachot*, *JCP éd. E*, 1986, II, 14713, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, *RIDA* juill. 1986, n°129, p. 136, note A. Lucas ; *RTD com*. 1986, p. 399, obs. A. Françon.

44. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 67.

45. *Ibid*. point 45 ; CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., points 44-46.

46. V° *«Generalia specialibus non derogant» in* H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 1999, p. 296 et s., précisant que cette règle d'interprétation «n'a pas une portée aussi tranchante que *Specialia generalibus derogant* : la loi spéciale déroge *sûrement*, dans la mesure du champ dérogatoire qu'elle crée, à la loi générale ; au contraire, la loi générale n'entraîne pas *forcément* la disparition d'une loi spéciale. Il s'agit donc de cas d'espèce et l'adage vaudra dans la mesure où il pourra correspondre à l'intention du législateur.»

47. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 55.

48. *Ibid*., point 57.

49. V.-L. Benabou, obs. préc.

50. E. Derclaye, «L'arrêt Softwarová : une révolution en droit d'auteur ou une «erreur de jugement»?», *RDTI* 2011, 43, p. 59.

51. Que nous avons jusqu'à présent tenus pour synonymes et qu'il convient ici de distinguer.

52. Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement de la langue française, *Journal Officiel* 17 Janv. 1982 : le logiciel est défini comme «l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données».

53. V., p. ex. : M. Vivant, «Logiciel 94 : tout un programme?», *JCP éd. G* 1994, I 3792, n° 6.

54. A. Lucas, «Objet du droit d'auteur — Oeuvres protégées. Logiciels», *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, 24 sept. 2008, fasc. 1160, n°28.

55. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 70 : «la reproduction, dans un programme d'ordinateur ou dans un manuel d'utilisation de ce programme, de certains éléments décrits dans le manuel d'utilisation

manual for another computer program protected by copyright is capable of constituting an infringement of the copyright in the latter manual".

56. See, notably, P. Gaudrat, "The Protection of Software by Literary and Artistic Property", *RIDA*, April 1986, no. 128, p. 180.

57. See, for example, A. Lucas and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, no. 64.

58. This case does not raise questions on the interpretation of the concept of communication to the public which the Court had to deal with elsewhere (CJEU, case C-306/05, 7 Dec. 2006, *SGAE*, *Propr. intell.*, 2007, 22, p. 87, note A. Lucas; CJEU, 4 Oct. 2011, *Premier League*, *supra*): no public is involved, even indirectly, here because the source code remained secret. The hypothesis of an open source code, i.e. directly disclosed to the public, could be considered. However, that was not the case in this dispute; nor is it the case in the vast majority of suits heard by national courts.

59. It can be defined as "assigning an epithet (or status) to a subject or an object" (see "Qualification" in A.-J. Arnaud (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993).

60. See, notably, A. Lucas and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, no. 44; M. Vivant and J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. "Précis Droit Privé", Paris, 2009, no. 41.

61. P. Gaudrat, "Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit", *Mélanges en l'honneur de André Françon*, *Dalloz* 1995, p. 195: "Because the nature of the protectable form has not been sufficiently defined, there is a tendency for forms that are alien to the spirit of the protection to be accommodated more and more readily within it."

62. V.-L. Benabou, note *supra*.

63. CJEU, 16 July 2009, case C-5/08, *Infopaq International*, *supra*, paragraph 34.

64. *Ibid*, paragraph 35.

65. *Ibid*, paragraph 37.

66. *Ibid*, paragraphs 45, 46, 48 and 51.

67. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 48 (for the two quotations).

68. *Ibid*, paragraph 49; Advocate General's Opinion, 14 Oct. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraphs 75-76.

elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por el derecho de autor es susceptible de constituir una violación del derecho de autor sobre este último manual".

56. Ver en particular: P. Gaudrat, "La protección de los programas de ordenador por la propiedad literaria y artística", RIDA, *abril de 1986, n° 128, p. 180.*

57. Ver p. ej.: A. Lucas y H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, *Litec, París, 2006, n° 64.*

58. No estamos en una hipótesis de cuestionamiento sobre la interpretación de la noción de comunicación al público que el Tribunal tuvo que tratar en otro sitio (TJCE, C-306/05, 7 de diciembre de 2006, SGAE, Propriétés Intellectuelles, *2007, 22, p. 87, nota A. Lucas; TJUE, 4 de octubre de 2011,* Premier League, op. cit.*): aquí no se alude a ningún público, ni siquiera indirectamente, puesto que el código fuente permanece secreto. La hipótesis del código fuente abierto, es decir divulgado directamente al público, podría considerarse. Pero no es así ni en este caso, ni en la inmensa mayoría de los casos que las jurisdicciones nacionales tienen que tratar.*

59. Se puede definir como "la atribución de un epíteto (o de una calidad) a un sujeto o un objeto" (Ver Qualification in *A.-J. Arnaud (dir.),* Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, *LGDJ, París, 1993).*

60. V. en particular A. Lucas y H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit., *n° 44; M. Vivant y J.-M. Bruguière,* Droit d'auteur, *Dalloz, col. «Précis Droit Privé», París, 2009, n° 41.*

61. P. Gaudrat, "Réflexions sur la forme des oeuvres de l'esprit", Mélanges en l'honneur de André Françon, Dalloz *1995, p. 195 : "Por falta de haber delimitado lo suficiente la naturaleza de la forma protegible, se tiende a acoger en ella con creciente benevolencia formas ajenas al espíritu de la protección".*

62. V.-L. Benabou, nota antes citada.

63. TJUE, 16 de julio de 2009, C-5/08, Infopaq International, op. cit., *punto 34.*

64. Idem, *punto 35.*

65. Idem, *punto 37.*

66. Idem, *puntos 45, 46, 48 y 51.*

67. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 48 (para las dos citas).*

68. Idem, *punto 49; Conclusiones del Fiscal general, 14 de octubre de 2010, C-393/09,* BSA, *puntos 75-76.*

d'un autre programme d'ordinateur protégé par le droit d'auteur est susceptible de constituer une violation du droit d'auteur sur ce dernier manuel».

56. V. notamment : P. Gaudrat, «La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique», *RIDA*, avril 1986, n° 128, p. 181.

57. V. p. ex. : A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, n°64.

58. Nous ne sommes pas dans une hypothèse de questionnement sur l'interprétation de la notion de communication au public que la Cour a eu à traiter par ailleurs (CJCE, C-306/05, 7 déc. 2006, *SGAE*, *Propriétés Intellectuelles*, 2007, 22, p. 87, note A. Lucas ; CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc.) : ici, aucun public n'est visé, même indirectement, puisque le code source reste secret. L'hypothèse du code source ouvert, c'est-à-dire divulgué directement au public, pourrait être retenue. Mais ce n'est pas le cas ni en l'espèce, ni dans l'immense majorité des affaires que les juridictions nationales ont à traiter.

59. On peut la définir comme «l'attribution d'une épithète (ou d'une qualité) à un sujet ou un objet» (V° Qualification *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993).

60. V. not. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 44 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. «Précis Droit Privé», Paris, 2009, n° 41.

61. P. Gaudrat, «Réflexions sur la forme des oeuvres de l'esprit», *Mélanges en l'honneur de André Françon*, *Dalloz* 1995, p. 195 : «Faute d'avoir suffisamment cerné la nature de la forme protégeable, on tend à y accueillir de plus en plus volontiers des formes étrangères à l'esprit de la protection.»

62. V.-L. Benabou, note préc.

63. CJUE, 16 juill. 2009, *C-5/08*, *Infopaq International*, préc., point 34.

64. *Ibid.*, point 35.

65. *Ibid.*, point 37.

66. *Ibid.*, points 45, 46, 48 et 51.

67. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 48 (pour les deux citations).

68. *Ibid.*, point 49 ; Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, C-393/09, *BSA*, points 75-76.

69. This is noted in the next paragraph: CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 50 ("In such a situation, the components of a graphic user interface do not permit the author to express his creativity in an original manner and achieve a result which is an intellectual creation of that author.").

70. Advocate General's Opinion, 14 Oct. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 77.

71. Moreover, one may wonder what level of detail (computer scientists would say granularity) should be considered: at the most elementary level, everything, or almost everything, will come within the field of ideas. To take up the example of a more traditional literary work in the *Infopaq* case, the Court of Justice rightly noted that "[w]ords as such do not [...] constitute elements covered by the protection" (CJEU, 16 July 2009, case C-5/08, *Infopaq International*, *supra*, paragraph 46). Yet it is unimaginable to exclude all the words of a text from the assessment in order to judge its originality! The logic of fragmentation carries with it the "risk of reducing the scope of copyright" (V.-L. Benabou, note under the *Infopaq* judgment, cited *supra*, p. 381). Taken to the extreme, it would not be possible to find any elementary fragment showing originality.

72. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 46.

73. Unless, as Professor Benabou speculates, the Court considers that the definition of a work is identical to that of originality (obs., *supra*, under the *BSA* judgment, at p. 210). However, this amounts to the same thing as the confusion between the object (subject matter) and the criterion.

74. Compare, considering that "the Court confuses (merges!) the two protection criteria, form [...], on the one hand, and originality, on the other," E. Derclaye, "L'arrêt Softwarová: une révolution en droit d'auteur ou une 'erreur de jugement'?", article *supra*, at p. 62. In our view, there are not two *criteria* but rather one object which must fulfil the single criterion of originality.

75. *Ibid*; D. Gervais and E. Derclaye, "The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?", *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, at p. 568.

76. Article 1(2).

77. The position is intended, in order to allow the Directive's scope to evolve: if there had been an overly precise definition of a computer program, it might soon have become obsolete in an evolving sector. See the European Commission's remarks, Proposal for a Directive, COM(1988) 816 final, cited in the Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 46.

69. Lo que se observa en el punto siguiente: TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 50 ("En tal situación, los componentes de la interfaz gráfica de usuario no permitirían al autor expresar su espíritu creador de forma original y llegar a un resultado que constituya una creación intelectual propia de ese autor").*

70. Conclusiones del Fiscal general, 14 de octubre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 77.*

71. Además, cabe preguntarse a qué nivel de detalle (de granularidad, como dicen los informáticos) hay que situarse: al nivel más elemental, todo o casi será del campo de las ideas. Retomando el ejemplo de una obra literaria más clásica de la sentencia Infopaq, *el Tribunal observa con razón que "las palabras como tales no constituyen [...] elementos a los que se aplica la protección" (TJUE, 16 de julio de 2009,* C-5/08, Infopaq International, op. cit., *punto 46). Sin embargo, ¡no se puede imaginar excluir de la apreciación el conjunto de las palabras de un texto para juzgar su originalidad! La lógica de fragmentación contiene en sí misma el "riesgo de reducir el campo del derecho de autor" (V.-L. Benabou, nota bajo la sentencia* Infopaq, op. cit., *p. 381). Llevada al límite, no se encontrará ningún fragmento elemental que demuestre originalidad.*

72. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 46.*

73. A menos, como lo considera la profesora Benabou de forma interrogativa, que el Tribunal considere que la definición de la obra es idéntica a la de la originalidad (obs. antes citada bajo la sentencia BSA, *en particular p. 210). Pero eso es equivalente a la confusión objeto-criterio.*

74. Comparar, estimando que "el Tribunal confunde (¡fusiona!) los dos criterios de protección, la forma (...) por un lado y la originalidad por el otro": E. Derclaye, "L'arrêt Softwarová: une révolution en droit d'auteur ou une 'erreur de jugement'?", artículo op. cit., *en particular p. 62. Para nosotros, no hay dos* criterios, *sino un objeto que debe verificar el criterio único de originalidad.*

75. Idem, *D. Gervais y E. Derclaye, "The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?",* EIPR *2012, 34(8), p. 565, en particular p. 568.*

76. Artículo 1, § 2.

77. La postura es voluntaria, para conservar una posibilidad de evolución al campo de aplicación de la directiva: una definición demasiado precisa del programa hubiera podido llevar a su rápida obsolescencia en un sector evolutivo. Ver las observaciones de la Comunidad Europea, Proposición de directiva, COM (1988) 816 final, citado in *Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre 2011,* SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit., *punto 46.*

69. Ce qui est relevé au point suivant : CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 50 (« Dans une telle situation, les composantes de l'interface utilisateur graphique ne permettraient pas à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle propre à cet auteur. »).

70. Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, *C-393/09, BSA*, préc., point 77.

71. Du reste, on peut se demander à quel niveau de détail (de granularité, disent les informaticiens) il faut se situer : au niveau le plus élémentaire, tout ou presque sera du domaine de l'idée. Pour reprendre l'exemple d'une œuvre littéraire plus classique de l'arrêt *Infopaq*, la Cour relève à raison que « les mots en tant que tels ne constituent [...] pas des éléments sur lesquels porte la protection » (CJUE, 16 juill. 2009, *C-5/08, Infopaq International*, préc., point 46). Pourtant, on n'imagine pas d'exclure de l'appréciation l'ensemble des mots d'un texte pour juger de son originalité ! La logique de fragmentation porte en elle-même le « risque de réduire le champ du droit d'auteur » (V.-L. Benabou, note sous l'arrêt *Infopaq* préc., p. 381). Poussée à l'extrême, on ne trouvera plus aucun fragment élémentaire faisant preuve d'originalité.

72. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 46.

73. À moins, comme l'envisage la professeure Benabou de manière interrogative, que la Cour considère que la définition de l'œuvre est identique à celle de l'originalité (obs. préc. sous l'arrêt *BSA*, spéc. p. 210). Mais cela revient au même que la confusion objet-critère.

74. Comp., estimant que « la Cour confond (fusionne !) les deux critères de protection, la forme [...] d'un côté et l'originalité de l'autre » : E. Derclaye, « L'arrêt Softwarová : une révolution en droit d'auteur ou une « erreur de jugement » ? », art. préc., spéc. p. 62. Pour nous, il n'y a pas deux *critères*, mais bien un objet qui doit remplir le critère unique d'originalité.

75. *Ibid.* ; D. Gervais et E. Derclaye, « The scope of computer program protection after SAS : are we closer to answers? », *EIPR* 2012, 34 (8), p. 565, spéc. p. 568.

76. Article 1er § 2.

77. La posture est volontaire, dans le but de conserver une évolutivité au champ d'application de la directive : une définition trop précise du programme aurait pu conduire à sa rapide obsolescence dans un secteur évolutif. V. les remarques de la Commission européenne, Proposition de directive, COM (1988) 816 final, cité *in* Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov.2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 46.

78. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 35; CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 35.

79. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 33; CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 34.

80. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 38. The reasoning is implicitly taken up in the *SAS* judgment: CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 38.

81. Advocate General's Opinion, 14 Oct. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraphs 47 and 59 *et seq.* ("contrary to other works protected by that right which appeal directly to the human senses, a computer program has a practical purpose and is therefore protected as such"). On the preparatory design material, which is protected when it leads to the creation of a program: *ibid*, at paragraphs 62-64.

82. See *infra*, the second part of this study.

83. At any rate, that is how the Court rephrased the question (paragraph 29). To be precise, the British court asked whether "it is not an infringement of the copyright in the first program for a competitor of the rightholder [...] to create another program [...] which replicates the functions of the first program" (see paragraph 28 of the *SAS* judgment).

84. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 55.

85. See, on the distinction, H. Croze, "La (non) protection des fonctionnalités et de l'algorithme", *Le logiciel entre brevet et droit d'auteur - le logiciel après la loi du 10 mai 1994 Transactive, CUERPI* 1996, p. 81, at p. 86.

86. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 63: "The structure of the program will define the program's functionalities and describe the combination of those functionalities. The very function of the program [...] will dictate that combination. [...] Whatever its nature and scope may be, it is my view that the functionality, or indeed the combination of several functionalities, continues to be comparable to an idea and cannot therefore be protected, as such, by copyright."

78. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit.*, punto 35; TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10,* SAS, op. cit.*, punto 35.*

79. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit.*, punto 33; TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10,* SAS, op. cit.*, punto 34.*

80. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit.*, punto 38. El razonamiento está recogido implícitamente en la sentencia* SAS *: TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10,* SAS, op. cit.*, punto 38.*

81. Conclusiones del Fiscal general, 14 de octubre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit.*, puntos 47, 59 y s. ("al contrario de las demás obras protegidas por ese derecho que apelan directamente a los sentidos de la persona humana, el programa de ordenador tiene una finalidad utilitaria y está pues protegido como tal"). Sobre el material de concepción preparatoria, protegido cuando permite la creación de un programa:* idem *en particular puntos 62-64.*

82. Ver infra *: segunda parte de este estudio.*

83. Es en cualquier caso así como el Tribunal transcribe la cuestión (punto 29). Para ser precisos, el juez británico preguntaba si "no constituye una vulneración del derecho de autor sobre el primer programa el hecho para un competidor del titular del derecho (...) de crear otro programa (...) que reproduce las funciones del primer programa" (ver punto 28 de la sentencia SAS*).*

84. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 55.*

85. Ver, sobre la distinción : H. Croze, "La (non) protection des fonctionnalités et de l'algorithme", Le logiciel entre brevet et droit d'auteur - le logiciel après la loi du 10 mai 1994 Transactive, CUERPI *1996, p. 81, en particular p. 86.*

86. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 63 : "La estructura del programa va a definir las funcionalidades de este y describir la combinación de esas funcionalidades. La función misma de dicho programa [...] va a dictar esta combinación. [...] Cualesquiera que sean la naturaleza y la extensión de la funcionalidad, pensamos que esta última o incluso la combinación de varias funcionalidades siguen siendo asimilables a una idea y no pueden pues estar protegidas, como tales, por el derecho de autor."*

78. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 35 ; CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 35.

79. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 33 ; CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 34.

80. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 38. Le raisonnement est implicitement repris dans l'arrêt *SAS* : CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 38.

81. Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, *C-393/09, BSA*, préc., points 47, 59 et s. (« contrairement aux autres œuvres protégées par ce droit qui font appel directement aux sens de la personne humaine, le programme d'ordinateur a une finalité utilitaire et il est donc protégé en tant que tel »). Sur le matériel de conception préparatoire, protégé lorsqu'il permet la création d'un programme : *ibid.* spéc. points 62-64.

82. V. *Infra* : seconde partie de cette étude.

83. C'est en tout cas ainsi que la Cour a transcrit la question (point 29). Pour être précis, le juge britannique demandait si « ne constitue pas une contrefaçon du droit d'auteur sur le premier programme le fait pour un concurrent du titulaire du droit [...] de créer un autre programme [...] qui reproduit les fonctions du premier programme » (v. point 28 de la décision *SAS*).

84. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 55.

85. V., sur la distinction : H. Croze, « La (non) protection des fonctionnalités et de l'algorithme », *Le logiciel entre brevet et droit d'auteur — le logiciel après la loi du 10 mai 1994 Transactive, CUERPI* 1996, p. 81, spéc. p.86.

86. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 63 : « La structure de ce programme va définir les fonctionnalités de celui-ci et décrire la combinaison de ces fonctionnalités. La fonction même dudit programme [...] va dicter cette combinaison. [...] Quelles que soient la nature et l'étendue de la fonctionnalité, nous pensons que cette dernière ou même la combinaison de plusieurs fonctionnalités restent assimilables à une idée et ne peuvent donc pas être protégées, en tant que telles, par le droit d'auteur. »

87. In this respect, the question whether the amount of detail with which the functionality was replicated affects the analysis (subparagraph (d)) of the second preliminary question is logically settled by referring it back to the national court to assess the originality of the reproduced elements (*ibid*, paragraph 67).

88. *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 23 *USPQ* (*United States Patent Quarterly*) 1241 (2d Cir. 1992).

89. Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, codified by Directive 2009/24/EC of 23 April 2009, *supra*, recitals 13 to 15: "Whereas, for the avoidance of doubt, it has to be made clear that only the expression of a computer program is protected and that ideas and principles which underlie any element of a program, including those which underlie its interfaces, are not protected by copyright under this Directive; Whereas, in accordance with this principle of copyright, to the extent that logic, algorithms and programming languages comprise ideas and principles, those ideas and principles are not protected under this Directive; Whereas, in accordance with the legislation and jurisprudence of the Member States and the international copyright conventions, the expression of those ideas and principles is to be protected by copyright;"

90. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978: "*Ideas, as such,* taken in themselves, independently of the form in which they have been clothed, *may not be appropriated. Only the form in which the idea has been presented gives rise to exclusivity, provided that it is original.*" A. Lucas and H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, no. 302, p. 243, and the numerous references cited there. Compare, in US law, D.J.M. Attridge, "Copyright Protection for Computer Programs", *EIPR* 2000, 12, p. 563, who concludes the study with the following proposal: "*copyright law should adopt a restrictive approach to the protection of ideas*".

91. WIPO Copyright Treaty of 20 Dec. 1996, Article 2.

92. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 40.

93. *Ibid*, paragraph 41.

94. *Ibid*, paragraph 40; Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 57.

95. See, in connection with France's revolutionary laws, referring to a regulation of "industrial progress", E. Pouillet, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, 3rd ed., 1899, Marchal et

*87. En ese sentido, la cuestión de saber si el nivel de detalle con que la funcionalidad ha sido reproducida influye en el análisis (punto d) de la segunda cuestión prejudicial está lógicamente resuelta remitiendo a la apreciación por el juez nacional de la originalidad de los elementos reproducidos (*idem*, punto 67).*

88. Computer Associates International, Inc. V. Altai, Inc., *23* USPQ *(*United States Patent Quarterly*) 1241 (2d Cir. 1992).*

89. Directiva del 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, codificada por la directiva 2009/24/CE del 23 de abril de 2009, op. cit., *considerandos 13 a 15: "considerando que, para evitar cualquier ambigüedad, conviene precisar que únicamente la expresión de un programa de ordenador está protegida y que las ideas y los principios en que se basan los diferentes elementos de un programa, incluyendo los que sirven de base a sus interfaces, no están protegidos por el derecho de autor en virtud de la presente directiva; considerando que, de acuerdo con ese principio del derecho de autor, las ideas y principios que están en la base de la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación no están protegidos en virtud de la presente directiva; considerando que, de conformidad con la legislación y la jurisprudencia de los Estados miembros así como con los convenios internacionales sobre el derecho de autor, la expresión de esas ideas y principios debe estar protegida por el derecho de autor".*

90. H. Desbois, Le droit d'auteur en France, *Dalloz, París, 1978: "Las ideas, como tales, tomadas en si mismas, independientemente de la forma que revisten, escapan a toda apropiación. Solo la forma en la que la idea se presenta da lugar a una exclusiva, con la condición de que sea original". A. Lucas y H.-J. Lucas,* Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit., *n° 302, p. 243, y las numerosas referencias citadas. Comparar, en derecho americano: D. J. M. Attridge, "Copyright Protection for Computer Programs",* EIPR *2000, 12, p. 563, que concluye el estudio con la propuesta siguiente:* "copyright law should adopt a restrictive approach to the protection of ideas*".*

91. Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor del 20 de diciembre de 1996, artículo 2.

92. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit., *punto 40.*

93. Idem, *punto 41.*

94. Idem, *punto 40 ; Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011,* SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit., *punto 57.*

95. Ver, a propósito de las leyes revolucionarias francesas, evocando una reglamentación del "progreso industrial": E. Pouillet, Traité des dessins et modèles de fabrique, *3ª ed.,*

87. En ce sens, la question de savoir si le niveau de détail avec lequel la fonctionnalité a été reproduite influe sur l'analyse (point d) de la seconde question préjudicielle est logiquement résolue par renvoi à l'appréciation par le juge national de l'originalité des éléments reproduits (*ibid*., point 67).

88. *Computer Associates International, Inc. V. Altai, Inc.*, 23 *USPQ* (*United States Patent Quarterly*) 1241 (2d Cir. 1992).

89. Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, préc., cons. 13 à 15 : «considérant que, pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée et que les idées et les principes qui sont à la base des différents éléments d'un programme, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive ; considérant que, en accord avec ce principe du droit d'auteur, les idées et principes qui sont à la base de la logique, des algorithmes et des langages de programmation ne sont pas protégés en vertu de la présente directive ; considérant que, conformément à la législation et à la jurisprudence des États membres ainsi qu'aux conventions internationales sur le droit d'auteur, l'expression de ces idées et principes doit être protégée par le droit d'auteur ;»

90. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1978 : «*Les idées, comme telles*, prises en elles-mêmes, indépendamment de la forme dont elles ont été revêtues, *échappent à toute appropriation. Seule, la forme, sous laquelle l'idée a été présentée, donne prise à une exclusivité, à condition d'être originale.*» A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°302, p. 243, et les nombreuses références citées. Comp., en droit américain : D. J. M. Attridge, «Copyright Protection for Computer Programs», *EIPR* 2000, 12, p. 563, concluant l'étude par la proposition suivante : «*copyright law should adopt a restrictive approach to the protection of ideas*».

91. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 déc. 1996, article 2.

92. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 40.

93. *Ibid*., point 41.

94. *Ibid*., point 40 ; Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 57.

95. V., à propos des lois françaises révolutionnaires, en évoquant une réglementation du «progrès industriel» : E. Pouillet, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, 3ème éd., 1899, Marchal et Billard, p. 12.

Billard, p. 12. In 1762, Louis XV had signed a declaration to regulate the privilege granted to inventors for the purpose of "stimulating the development of the inventive spirit and the progress of industry" (cited in J. Schmidt-Szalewski and J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2007, p. 5).

96. European Parliament, Report on the Jurisdictional System for Patent Disputes, 2011/2176(INI), Legal Affairs Committee, 10 Jan. 2012. See, for example, P. Véron, "Quel modèle pour le système juridictionnel des litiges des brevets en Europe?", *Gaz. Pal.* 2011, 344, p. 30; J.-C. Galloux and B. Warusfel, "Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européen et communautaire", *Propr. intell.* 2009, 30, p. 9; C.N. Pehlivan, "The creation of a single European patent system: from dream to (almost) reality", *EIPR* 2012, 34(7), p. 453.

97. CJEU, Full Court, Opinion no. 1/09, 8 March 2011, Europe no. 5, May 2011, study 5 by D. Simon; *Journal du droit international (Clunet)* no. 2, April 2011, chron. 4, p. 555, note D. Dero-Bugny; *EIPR* 2011, 33(7), p. 409, A. Poore.

98. The question was whether there was an act of copyright infringement under Directive 91/250 in the event that "a competitor of the rightholder without access to the source code of the first program, either directly or via a process such as decompilation of the object code, [created] another program which replicates the functions of the first program".

99. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 51. In this study, we shall not discuss in detail the developments concerning the scope of Article 5(3) and the questions concerning decompilation submitted to the Court even though WPL had not carried out any decompilation in this case. See D. Gervais and E. Derclaye, "The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?", *EIPR* 2012, 34(8), p. 565, at p. 570 *et seq.*

100. *Computer Associates International Inc v Altai* (1992), cited *supra*; *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995), on which: M. Schwarz, *Copyright Protection is 'Not on the Menu': Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, *EIPR* 1995, pp. 337-339. See, for example, E. Derclaye, "Software Copyright Protection: Can Europe Learn From American Case Law?", *EIPR* 2000, 2, p. 56, at p. 57 *et seq.*; P. Samuelson, T. Vinje and W. Cornish, "Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces?", *EIPR* 2012, 34(3), pp. 158-166, at p. 161.

101. Along the same lines, in France, stating that "the functionalities of software, defined as the implementation of its ability to perform a precise

1899, Marchal y Billard, p. 12. En 1762, Luis XV firmó una declaración para reglamentar el privilegio de los inventores teniendo como objetivo "estimular el desarrollo del espíritu inventivo y del progreso de la industria" (citado in *J. Schmidt-Szalewski y J.-L. Pierre,* Droit de la propriété industrielle, *Litec, París, 2007, p. 5).*

96. Parlamento Europeo, Informe sobre el sistema jurisdiccional para los litigios en materia de patentes, *2011/2176(INI), Comisión de asuntos jurídicos, 10 de enero de 2012. Ver, p. ej. : P. Véron, "Quel modèle pour le système juridictionnel des litiges des brevets en Europe ?",* Gaz. Pal. *2011, 344, p. 30; J.-C. Galloux y B. Warusfel, "Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européen et communautaire",* Propriétés intellectuelles *2009, 30, p. 9; C. N. Pehlivan, "The creation of a single European patent system: from dream to (almost) reality",* EIPR *2012, 34(7), p. 453.*

97. TJUE, asamblea plenaria, dictamen n° 1/09, 8 de marzo de 2011, Europe n° 5, mayo de 2011, estudio 5 por D. Simon; Journal du droit international (Clunet) *n° 2, abril de 2011, crónica 4, p. 555, nota D. Dero-Bugny;* EIPR *2011, 33(7), p. 409, A. Poore.*

98. Se trataba de saber si el acto de plagio a título de la directiva de 1991 está constituido en la hipótesis en que "un competidor del titular del derecho, sin tener acceso al código fuente del primer programa, sea directamente o por un proceso como la descompilación del código objeto, [ha creado] otro programa que reproduce las funciones del primero".

99. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit.*, punto 51. No entraremos, en el marco del presente estudio, en el detalle de los razonamientos relativos al alcance del artículo 5 § 3, y de las cuestiones sobre la descompilación, planteadas al Tribunal aunque en este caso la sociedad WPL no había realizado ninguna descompilación. Ver D. Gervais y E. Derclaye, "The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?",* EIPR *2012, 34(8), p. 565, en particular p. 570 y s.*

100. Computer Associates International Inc v. Altai *(1992),* op. cit.*;* Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F. 3d 807 (1st Cir. 1995); sobre esta decisión: M. Schwarz,* Copyright Protection is 'Not on the Menu': Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*,* EIPR *1995, p. 337-339. Ver p. ej.: E. Derclaye, "Software Copyright Protection : Can Europe Learn From American Case Law ?",* EIPR *2000, 2, p. 56, en particular p. 57 y s.; P. Samuelson, T. Vinje y W. Cornish, "Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces?",* EIPR *2012, 34(3), 158-166, en particular p. 161.*

101. En el mismo sentido, en Francia, afirmando que "las funcionalidades de un programa, definidas como la realización de la

En 1762, Louis XV avait signé une déclaration pour réglementer le privilège des inventeurs avec pour objectif de «stimuler le développement de l'esprit inventif et du progrès de l'industrie» (cité *in* J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, Paris, 2007, p. 5).

96. Parlement Européen, *Rapport sur le système juridictionnel pour les litiges en matière de brevets*, 2011/2176 (INI), Commission des affaires juridiques, 10 janv. 2012. V., p. ex.: P. Véron, «Quel modèle pour le système juridictionnel des litiges des brevets en Europe?», *Gaz. Pal.* 2011, 344, p. 30; J.-C. Galloux et B. Warusfel, «Aspects juridictionnels et procéduraux des brevets européen et communautaire», *Propriétés intellectuelles* 2009, 30, p. 9; C. N. Pehlivan, «The creation of a single European patent system: from dream to (almost) reality», *EIPR* 2012, 34 (7), p. 453.

97. CJUE, ass. plén., avis n° 1/09, 8 mars 2011, Europe n° 5, Mai 2011, étude 5 par D. Simon; *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, Avril 2011, chron. 4, p. 555, note D. Dero-Bugny; *EIPR* 2011, 33 (7), p. 409, A. Poore.

98. La question était de savoir si l'acte de contrefaçon au titre de la directive de 1991 est constitué dans l'hypothèse où «un concurrent du titulaire du droit, sans avoir accès au code source du premier programme, que ce soit directement ou par un processus tel que la décompilation du code objet, [a créé] un autre programme qui reproduit les fonctions du premier programme»

99. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 51. Nous n'entrerons pas, dans le cadre de la présente étude, dans le détail des développements relatifs à la protée de l'article 5 § 3, et des questions concernant la décompilation, posées à la Cour bien qu'en l'espèce la société WPL n'avait effectué aucune décompilation. V. D. Gervais et E. Derclaye, «The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?», *EIPR* 2012, 34 (8), p. 565, spéc. p. 570 et s.

100. *Computer Associates International Inc v Altai* (1992), préc.; *Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995), sur lequel: M. Schwarz, *Copyright Protection is 'Not on the Menu': Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc.*, *EIPR* 1995, p. 337-339. V. p. ex.: E. Derclaye, «Software Copyright Protection: Can Europe Learn From American Case Law?», *EIPR* 2000, 2, p. 56, spéc. pp. 57 et s.; P. Samuelson, T. Vinje et W. Cornish, «Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces?», *EIPR* 2012, 34 (3), 158-166, spéc. p. 161.

101. Dans le même sens, en France, affirmant que «les fonctionnalités d'un logiciel, définies comme la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé,

task or to obtain a given result, do not, as such, enjoy copyright protection, where they only correspond to an idea": Cass. 1st Civ., 13 Dec. 2005, no. 03-21.154, *Bull.*, 2005, 499, p. 420, *RLDI* 2006, 14, Éclairage 396, p. 15, note P. Belloir; *JCP E* 2006, 23, 1896, note P. Masquart; *RTDCom* 2006, p. 79, obs. F. Pollaud-Dulian; *Prop. ind.*, March 2006, 3, comm., 27, J. Schmidt. See also (and more broadly): S. Carre, "Actualité(s) du logiciel", *Prop. ind.*, June 2006, 6, study, 16.

102. For a criticism of the "merger doctrine" by eminent US authors, see Laddie, Prescott and Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd ed., 2000), nos. 3.74 to 3.80, deploring "the 'idea-expression fallacy'": "the maxim is obscure or, in its broadest sense, suspect".

103. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 52. In paragraph 54, the Advocate General takes as an example the case of an airline ticket reservation system, drawn from the *Navitaire / EasyJet* case heard in the British courts (High Court of Justice (Chancery Division), 30 July 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, [2004] EWHC 1725 (Ch), *Com. com. électr.* 2005, 2, Alerte 66, by P. Kamina; *EIPR* 2004, 26(11), N192-193.

104. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 55.

105. F. Macrez, "Logiciel: le cumulard de la propriété intellectuelle" in J.-M. Bruguière (ed.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, *Dalloz* 2011, p. 47.

106. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 63.

107. F. Macrez, "Logiciel: le cumulard de la propriété intellectuelle", article cited *supra*.

108. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 76.

109. P. Roussel, "La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique", *Com. com. électr.*, April 2005, 4, study, 5 (also quoted in the Advocate General's Opinion). See also M. Vivant, "Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme." in Y. Michaud (ed.), *Université de tous les savoirs - Les Technologies*, *Odile Jacob* 2002, p. 165.

110. Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 71.

capacidad de este para efectuar una tarea precisa o para obtener un resultado determinado, no benefician, como tales, de la protección del derecho de autor desde el momento en que no corresponden más que a una idea": Supremo, 1ª civil, 13 de diciembre de 2005, n° 03-21.154, Bull.*, 2005, 499, p. 420,* RLDI *2006, 14, Éclairage 396, p. 15, nota P. Belloir;* JCP E *2006, 23, 1896, nota P. Masquart;* RTDCom *2006, p.79, obs. F. Pollaud-Dulian;* Prop. ind.*, marzo de 2006, 3, com. 27, J. Schmidt. Ver también (y con mayor amplitud): S. Carre, "Actualité(s) du logiciel",* Prop. ind.*, junio de 2006, 6, estudio 16.*

102. Para una crítica de la merger doctrine *por eminentes autores americanos, ver: Laddie, Prescott y Vitoria,* The Modern Law of Copyright and Designs *(3ª ed., 2000), n° 3.74 a 3.80, que denuncia "the 'idea-expression fallacy': the maxim is obscure or, in its broadest sense, suspect".*

103. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 52. Se toma como ejemplo, en el punto 54, el caso de un sistema de billetes de avión, sacado del pleito* Navitaire / EasyJet *llevado ante los tribunales británicos (High Court of Justice (Chancery Division), 30 de julio de 2004,* Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, [2004] EWHC 1725 (Ch),* Com. com. électr. *2005, 2, Alerte 66, por P. Kamina;* EIPR *2004, 26(11), N 192-193.*

104. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 55.*

105. F. Macrez, "Logiciel : le cumulard de la propriété intellectuelle" in *J.-M. Bruguière (dir.),* L'articulation des droits de propriété intellectuelle, Dalloz *2011, p. 47.*

106. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 63.*

107. F. Macrez, "Logiciel: le cumulard de la propriété intellectuelle", op. cit.

108. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 76.*

109. P. Roussel, "La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique", Com. com. électr.*, abril de 2005, 4, Étude, 5 (citado también en las conclusiones del Fiscal general). Ver también: M. Vivant, "Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme"* in *Y. Michaud (dir.),* Université de tous les savoirs - Les Technologies, Odile Jacob *2002, p. 165.*

110. Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit.*, punto 71.*

ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée»: Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, n°03-21.154, *Bull.*, 2005, 499, p. 420, *RLDI* 2006, 14, Éclairage 396, p.15, note P. Belloir; *JCP E* 2006, 23, 1896, note P. Masquart; *RTDCom* 2006, p.79, obs. F. Pollaud-Dulian; *Prop. ind.*, mars 2006, 3, comm., 27, J. Schmidt. V. également (et plus largement): S. Carre, «Actualité(s) du logiciel», *Prop. ind.*, juin 2006, 6, étude, 16.

102. Pour une critique de la *merger doctrine* par d'éminents auteurs américains, v.: Laddie, Prescott and Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd ed., 2000), n°3.74 à 3.80, dénonçant «the «idea-expression fallacy»»: «the maxim is obscure or, in its broadest sense, suspect».

103. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 novembre 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 52. Est pris, au point 54, pour exemple le cas d'un système de réservation de billets d'avion, tiré de l'affaire *Navitaire/EasyJet* traduite devant les tribunaux britanniques (High Court of Justice (Chancery Division), 30 juill. 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, [2004] EWHC 1725 (Ch), *Com. com. électr.* 2005, 2, Alerte 66, par P. Kamina; *EIPR* 2004, 26 (11), N192-193.

104. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov.2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 55.

105. F. Macrez, «Logiciel: le cumulard de la propriété intellectuelle» *in* J.-M. Bruguière (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, *Dalloz* 2011, p. 47.

106. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 63.

107. F. Macrez, «Logiciel: le cumulard de la propriété intellectuelle», art. préc.

108. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 76.

109. P. Roussel, «La maîtrise d'un langage de programmation s'acquiert par la pratique», *Com. com. électr.*, avril 2005, 4, Étude, 5 (cité également dans les conclusions de l'Avocat général). V. également: M. Vivant, «Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. À la recherche d'un nouveau paradigme.» *in* Y. Michaud (dir.), *Université de tous les savoirs — Les Technologies*, *Odile Jacob* 2002, p. 165.

110. Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov.2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 71.

111. M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, Lamy, Paris, 2012, no. 160.

112. See, for example in Great Britain: High Court of Justice (Chancery Division), 30 July 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, cited *supra*, at §88: "*What this recital* [14]*, and the associated dispositive provision of Article 1(2), appear to be intended to do, is to keep the language free for use, but not the ideas expressed in it*". And, in the United States: *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, *supra*, at p. 818.

113. Article 1(2), second sentence (emphasis added).

114. Which is categorically excluded by the Advocate General in an example of confusion between the object and the criterion that we criticised earlier (Advocate General's Opinion, case C-406/10, 29 Nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, *supra*, paragraph 71: "programming language is made up of words and characters known to everyone and lacking any originality").

115. Formats of data files are a specific case: by deciding that the format of data files is not a "form of expression of the program" for the purposes of the Directive, the balance painstakingly found in the provisions on decompilation is upset. Indeed, the introduction of an exception for decompilation in Article 6 logically implies that protection for the logical interface exists under the same Directive. The desire that what strongly resembles basic information should be left free to use can be supported (although the referral to the "ordinary law" does not totally preclude protection). Having said that, it is not possible to depart from the text itself: what meaning is to be given to the existence of an exception if the monopoly that it was supposed to limit is withdrawn? The Advocate General's approach, which was not taken up, was more convincing in that it sought to define the relationship with Article 6: *ibid*, paragraph 77 *et seq.*

116. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 39.

117. CJEU, 22 Dec. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 38 *et seq.*, at paragraph 40: "the graphic user interface is an interaction interface which enables communication between the computer program and the user".

118. Advocate General's Opinion, 14 Oct. 2010, case C-393/09, *BSA*, *supra*, paragraph 73: "Behind the graphic user interface there is a complex structure developed by the programmer. He uses a programming language which, structured in a certain way, will create a special command button, for example, 'copy-paste', or permit an action, such as double-clicking on a file to open it or clicking on an icon to minimise an open window."

111. M. Vivant, et al., Lamy Droit du numérique, *Lamy, París, 2012, n° 160.*

112. Ver p. ej., en Gran Bretaña: High Court of Justice (Chancery Division), 30 de julio de 2004, Navitaire Inc. v. Easyjet Airline, op. cit., *en particular § 88 : "*What this recital [14], and the associated dispositive provision of Article 1(2), appear to be intended to do, is to keep the language free for use, but not the ideas expressed in it*". Y, en Estados Unidos: Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc., préc., spéc p. 818.*

113. Artículo 1, § 2, segunda frase (subrayado por nosotros).

114. La cual está categóricamente excluida por el Fiscal general en un movimiento de confusión entre el objeto y el criterio que hemos criticado antes (Conclusiones del Fiscal general, C-406/10, 29 de noviembre de 2011, SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd, op. cit., *punto 71 : "el lenguaje de programación está constituido por palabras y caracteres conocidos por todos y desprovistos de cualquier originalidad").*

115. El caso de los formatos de archivo es particular: al decidir que el formato de archivo no es "una forma de expresión del programa" en el sentido de la directiva, se perturba el equilibrio encontrado a duras penas en las disposiciones relativas a la descompilación. En efecto, prever una excepción por descompilación, en el artículo 6, implica lógicamente que la protección para la interfaz lógica existe en el sentido de esta misma directiva. La voluntad de dejar libre lo que se parece mucho a una información bruta puede aprobarse (pero la remisión al "derecho común" no lo excluye totalmente). Así las cosas, no es posible alejarse del texto mismo: ¿qué sentido dar a la existencia de una excepción si se le retira el monopolio que se suponía limitar? El enfoque del Fiscal general, no adoptado, era más convincente porque trataba de ajustar la articulación con el artículo 6: idem, *puntos 77 y s.*

116. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS, op. cit., *punto 39.*

117. TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *puntos 38 y s., en particular punto 40 : "la interfaz gráfica de usuario es una interfaz de interacción, que permite una comunicación entre el programa de ordenador y el usuario".*

118. Conclusiones del Fiscal general, 14 de octubre de 2010, C-393/09, BSA, op. cit., *punto 73 : "Tras la interfaz gráfica de usuario se esconde, en efecto, una estructura compleja desarrollada por el programador. Este último utiliza un lenguaje de programación que, estructurado de cierto modo, va a permitir obtener un botón de comando especial, por ejemplo el 'copiar-pegar', o bien una acción como el hecho de hacer "clic" dos veces sobre una carpeta para abrirla o una vez sobre un icono para reducir la ventana que está abierta".*

111. M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, Lamy, Paris, 2012, n°160.

112. V. p. ex., en Grande-Bretagne : High Court of Justice (Chancery Division), 30 juill. 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, préc., spéc. § 88 : «*What this recital [14], and the associated dispositive provision of Article 1 (2), appear to be intended to do, is to keep the language free for use, but not the ideas expressed in it*». Et, aux États-Unis : Lotus Development Corp. V. Borland International, Inc., préc., spéc p. 818.

113. Article 1 § 2, seconde phrase (nous soulignons).

114. Laquelle est exclue catégoriquement par l'Avocat général dans un mouvement de confusion entre l'objet et le critère que nous avons critiqué plus haut (Conclusions de l'Avocat général, C-406/10, 29 nov. 2011, *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, préc., point 71 : «le langage de programmation est constitué de mots et de caractères connus de tous dépourvus de toute originalité.»).

115. Le cas des formats de fichiers est particulier : en décidant que le format de fichiers n'est pas une «forme d'expression du programme» au sens de la directive, l'équilibre difficilement trouvé dans les dispositions relatives à la décompilation est perturbé. En effet, prévoir une exception pour décompilation, dans l'article 6, implique en bonne logique que la protection pour l'interface logique existe au sens de cette même directive. La volonté de laisser libre ce qui ressemble fort à de l'information brute peut être approuvée (mais le renvoi au «droit commun» ne l'exclut pas totalement). Cela étant, on ne peut se départir du texte lui-même : quel sens donner à l'existence d'une exception si on lui retire le monopole qu'elle était censée limiter? La démarche, non suivie, de l'Avocat général était plus convaincante en ce qu'elle recherchait à aménager l'articulation avec l'article 6 : *ibid.*, points 77 et s.

116. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 39.

117. CJUE, 22 déc. 2010, C-393/09, *BSA*, préc., point 38 et s., spéc. point 40 : «l'interface utilisateur graphique est une interface d'interaction, qui permet une communication entre le programme d'ordinateur et l'utilisateur».

118. Conclusions de l'Avocat général, 14 oct. 2010, *C-393/09, BSA*, préc., point 73 : «Derrière l'interface utilisateur graphique se cache, en effet, une structure complexe développée par le programmeur. Ce dernier utilise un langage de programmation qui, structuré d'une certaine manière, va permettre d'obtenir un bouton de commande spécial, par exemple le «copier-coller», ou encore une action, tel le fait de cliquer deux fois sur un dossier pour l'ouvrir ou cliquer sur une icône pour réduire la fenêtre qui est ouverte.»

119. See, for example, in Germany where case law notes that although the interface is implemented in the program's structure, the program and the interface must be analysed as two different objects of law: OLG Düsseldorf, 29 June 1999, *CR* 2000, 184 – *Framing*; OLG Hamburg, 11 Jan. 2001, *ZUM* 2001, 519, at 521 – *Faxkarte*; OLG Hamm, 24 Aug. 2004, *MMR* 2005, 106. Similarly, in England: High Court of Justice (Chancery Division), 30 July 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, cited *supra*.

120. It should be clarified that the latter may not exist in the case of an interpreted language (usually "scripting" languages) which is executed by an interpreter program and not directly by the machine. A "source code" (actually a script) is present whatever the case.

121. Emphasis added.

122. V.-L. Benabou, note *supra*, p. 208: "the interface considered as such is part of the software but not a big enough part to be assimilated to the whole. It is an infra software work".

123. M.-A. Santopaolo, *Protection juridique des langages de programmation*, DEA dissertation, Montpellier, 2002, cited in M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, *op. cit.*, no. 160.

124. CJEU, 2 May 2012, case C-406/10, *SAS*, *supra*, paragraph 43: "if a third party were to procure the part of the source code or the object code relating to the programming language or to the format of data files used in a computer program, and if that party were to create, with the aid of that code, similar elements in its own computer program, that conduct would be liable to constitute partial reproduction".

125. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique: les méthodes", article *supra*, pp. 152-153 (for the two quotations).

126. F. Macrez, *Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles?*, *op. cit.*, no. 546; M. Vivant and J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, no. 64.

127. See, on this discussion, F. Macrez, *Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles?*, *op. cit.*, no. 494 *et seq.* and the cited references; F. Macrez, "Les fonctionnalités du logiciel sont (toujours) de libre parcours", *RLDI* 2008, 36, Éclairage, 1195, p. 14.

128. CJEU, 4 Oct. 2011, *Premier League*, *supra*, paragraph 188: ("…given the requirements of unity of the European Union legal order and its coherence…").

119. Ver p. ej., en Alemania, donde la jurisprudencia observa que aunque la interfaz esté implementada en la estructura del programa, el programa y la interfaz deben ser analizados como dos objetos de derecho diferentes: OLG Düsseldorf, 29 de junio de 1999, CR *2000, 184* – Framing*; OLG Hambourg, 11 de enero de 2001,* ZUM *2001, 519, en particular 521* – Faxkarte*; OLG Hamm, 24 de agosto de 2004,* MMR *2005, 106. Igualmente, en Inglaterra: High Court of Justice (Chancery Division), 30 de julio de 2004,* Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, op. cit..*

120. Hay que precisar que este último puede no existir, en el caso de un lenguaje interpretado (generalmente los lenguajes denominados "de script") que es ejecutado por un programa intérprete y no directamente por la máquina. Un "código fuente" (en realidad, un script) está presente en todos los casos.

121. Subrayado por nosotros.

122. V.-L. Benabou, nota antes citada, p. 208 : "la interfaz considerada como tal constituye una parte del programa pero una parte insuficiente para ser asimilada al todo. Es una infraobra informática".

123. M.-A. Santopaolo, Protection juridique des langages de programmation*, Memoria DEA, Montpellier, 2002, citado* in *M. Vivant,* et al.*,* Lamy Droit du numérique*, op. cit., n° 160.*

124. TJUE, 2 de mayo de 2012, C-406/10, SAS*, op. cit., punto 43 : "si un tercero se procurase la parte del código fuente o del código objeto relativa al lenguaje de programación o al formato de archivo de datos utilizados en el marco de un programa de ordenador y que él crease, con ayuda de ese código, elementos semejantes en su propio programa de ordenador, ese comportamiento sería susceptible de constituir una reproducción parcial".*

125. V.-L. Benabou, "Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes", op. cit.*, pp. 152-153 (para las dos citas).*

126. F. Macrez, Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., n° 546; M. Vivant y J.-M. Bruguière,* Droit d'auteur*, op. cit., n° 64.*

127. Ver, sobre esta discusión, F. Macrez, Créations informatiques: bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, op. cit., n° 494 y s. Y las referencias citadas; F. Macrez, "Les fonctionnalités du logiciel sont (toujours) de libre parcours",* RLDI *2008, 36, Éclairage, 1195, p. 14.*

128. TJUE, 4 de octubre de 2011, Premier League*, op. cit., punto 188 (« … teniendo en cuenta las exigencias de la unidad del orden jurídico de la Unión y su coherencia … »).*

119. V. p. ex., en Allemagne, où la jurisprudence relève que bien que l'interface est implémentée dans la structure du programme, le programme et l'interface doivent être analysés comme deux objets de droit différents : OLG Düsseldorf, 29 juin 1999, *CR* 2000, 184 – *Framing* ; OLG Hambourg, 11 janvier 2001, *ZUM* 2001, 519, spéc. 521 – *Faxkarte* ; OLG Hamm, 24 août 2004, *MMR* 2005, 106. De même, en Angleterre : High Court of Justice (Chancery Division), 30 juill. 2004, *Navitaire Inc. v. Easyjet Airline*, préc.

120. Il convient de préciser que ce dernier peut ne pas exister, dans le cas d'un langage interprété (généralement les langages dits « de script ») qui est exécuté par un programme interprète et non directement par la machine. Un « code source » (en réalité : un script) est présent dans tous les cas.

121. Nous soulignons.

122. V.-L. Benabou, note préc., p. 208 : « l'interface envisagée en tant que telle constitue une partie du logiciel mais une partie insuffisante pour être assimilée au tout. C'est une infra-œuvre logicielle. »

123. M.-A. Santopaolo, *Protection juridique des langages de programmation*, Mémoire DEA, Montpellier, 2002, cité *in* M. Vivant, *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, *op. cit.*, n° 160.

124. CJUE, 2 mai 2012, C-406/10, *SAS*, préc., point 43 : « si un tiers se procurait la partie du code source ou du code objet relative au langage de programmation ou au format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur et qu'il créait, à l'aide de ce code, des éléments similaires dans son propre programme d'ordinateur, ce comportement serait susceptible de constituer une reproduction partielle ».

125. V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., pp. 152-153 (pour les deux citations).

126. F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, n° 546 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 64.

127. V., sur cette discussion, F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*, n°494 et s. et les références citées ; F. Macrez, « Les fonctionnalités du logiciel sont (toujours) de libre parcours », *RLDI* 2008, 36, Éclairage, 1195, p. 14.

128. CJUE, 4 oct. 2011, *Premier League*, préc., point 188 (« … compte tenu des exigences de l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence… »).